

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e da Ugo Natoli
già diretta da Luciano Ventura e da Giorgio Ghezzi*

ANNO LVII - 2006 - N. 3

Trimestrale

luglio-settembre 2006

DIRETTORE

Piergiovanni Alleva

VICE DIRETTORI

Mario Napoli, Adalberto Perulli, Bruno Veneziani

REDATTORI CAPO

Amos Andreoni, Ginevra Galli, Carmen La Macchia, Andrea Lassandari

COMITATO SCIENTIFICO E DIRETTIVO

TEMI E RUBRICHE

Rapporto di lavoro e tipologie contrattuali
Mercato del lavoro
Lavoro e pubbliche amministrazioni
Diritto comunitario del lavoro
Diritto sindacale e relazioni industriali
Sicurezza e diritto penale del lavoro
Previdenza sociale
Processo del lavoro

COORDINATORI

*Mario Giovanni Garofalo e Gianni Loy
Giuseppe Ferraro e Patrizia Tullini
Vittorio Angiolini e Alessandro Garilli
Bruno Caruso e Massimo Roccella
Franca Borgogelli e Valerio Speciale
Raffaele Guariniello e Carlo Smuraglia
Lorenzo Fassina e Canio Lagala
Domenico Borghesi e Francesco Fabbri*

REDAZIONE

*Andrea Allamprese, Gianni Arrigo, Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Guido Canestri,
Gaetano D'Auria, Carlo de Marchis, Antonio Di Stasi, Fabio Fonzo, Fausta Guarriello,
Luigi Menghini, Massimo Pallini, Antonino Sgroi, Sergio Vacirca, Lucia Valente*

Ne fanno inoltre parte

*Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Marco Barbieri, Paolo Boer, Franco Carinci, Maria Teresa Carinci,
Laura Castelvetti, Valerio Cerritelli, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli, Franco Coccia, Adolfo Di Majo,
Madia D'Onghia, Germano Dondi, Franco Focareta, Gino Giugni, Enrico Gragnoli, Mariorosario Lamberti,
Alberto Lepore, Franco Liso, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Naccari, Stefano Oriano, Angelo Pandolfò,
Mara Parpagione, Alberto Piccinini, Andrea Proto Pisani, Federico Maria Putaturo Donati, Alessandra Raffi,
Giovanni Roma, Franco Scarpelli, Stefania Scarponi, Maria Luisa Serrano, Ugo Spagnoli, Tiziano Treu*

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Maria Clotilde Domenichini



EDIESSE

Editore

EDIESSE s.r.l.

Via dei Frentani, 4/A – 00185 Roma

Tel. 06/44870283 Fax 06/44870335

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Direttore responsabile

Piergiovanni Alleva

Redazione

Via dei Frentani 4/A - 00185 Roma

Tel. 06/44870260 - Fax 06/44870335

E mail: rgl.redazione@mail.cgil.it

Tariffe di abbonamento

ordinario 80,00 euro; estero 160,00 euro

Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del Docente che segue la loro attività.

L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale.

Una copia: 27,00 euro; arretrati: 54,00 euro

Progetto grafico e fotocomposizione

EDIESSE

Stampa

O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne ad essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla ns. attività. La informiamo inoltre che, ai sensi dell'art. 13 della Legge, Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i suoi dati o opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione della legge.



Associato all'USPI

Unione Stampa Periodica Italiana

DOTTRINA

IL TEMA

I diritti sociali e l'Unione europea

Bruno Veneziani

Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea 471

Renato Greco

Il modello sociale della Carta di Nizza 519

SAGGI

Bruno Balletti

Lineamenti della giurisprudenza di legittimità
sul rapporto di lavoro 537

Pasquale Chieco

Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione 559

Stefano Caffio

Indennità di disoccupazione e contratti flessibili:
la Consulta non colma le lacune del sistema 603

Marina Garattoni

L'inserimento dei lavoratori svantaggiati
nel sistema comunitario degli aiuti di Stato 633

RECENSIONE

Massimo Luciani

A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico.*

I percorsi costituzionali,

Giappichelli, Torino, 2006

665

GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE

Le decisioni nel trimestre aprile-giugno 2006

Rapporto di lavoro

395

Sicurezza sociale

409

A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

RAPPORTO DI LAVORO

Aurora Vimercati

Quando la precarietà giustifica la precarizzazione

(Conseil Constitutionnel, Decision 2006-535 DC, 30 mars 2006)

411

Francesco Fabbri

A proposito della sentenza delle Ss.Uu. 9164

sulle procedure selettive verso qualifiche superiori

(Cassazione Ss.Uu., 20 aprile 2006, n. 9164)

428

Lucia Valente

Successione negli appalti nel settore delle pulizie e

cumulo di tutele per i lavoratori licenziati

(Cassazione, 24 febbraio 2006, n. 4166)

440

Mariangela Grasso

Danno biologico, decesso istantaneo e risarcibilità *iure successionis*

(Cassazione, 13 gennaio 2006, n. 517)

449

Luigi Menghini

Contratto a termine e Poste Italiane tra vecchia e nuova disciplina

(Cassazione Sez. lav., 7 dicembre 2005, n. 26989

Cassazione, Sez. lav., 6 dicembre 2005, n. 26679

Cassazione, Sez. lav., 6 dicembre 2005, n. 26677

Cassazione, Sez. lav., 2 maggio 2005, n. 9067

Cassazione, Sez. lav., 8 marzo 2005, n. 5000

Cassazione, Sez. lav., 7 marzo 2005, n. 4862) 458

DIRITTO SINDACALE

Vincenzo Bavaro

La clausola ambigua sull'orario plurisettimanale
del contratto nazionale dei metalmeccanici

(Tribunale Casale Monferrato, 14 aprile 2006) 521

SICUREZZA SOCIALE

Corte Cost., 24 marzo 2006, n. 121 535

Gioia Sacconi

Il rischio lavorativo nell'evoluzione giurisprudenziale

(Cassazione, Sez. lav., 27 gennaio 2006, n. 1718

Cassazione, Sez. lav., 4 Agosto 2005, n. 16147) 540

Silvia Assennato

Diritto, aspettativa o potenzialità nella tutela del lavoro dei disabili

(Cassazione, Sez. lav., 25 gennaio 2006, n. 1396) 551

Marcella Cataldi

Indennità di malattia, assenza a visita di controllo
e cause di giustificazione

(Cassazione, Sez. lav., 6 maggio 2005, n. 9453

Cassazione, Sez. lav., 13 dicembre 2005, n. 27429

Cassazione, Sez. lav., 31 gennaio 2006, n. 5420) 558

DOTTRINA

IL TEMA

Bruno Veneziani (*)

IL RUOLO DELLE PARTI SOCIALI NELLA COSTITUZIONE EUROPEA (**)

SOMMARIO: I. Solidarietà: un nuovo strumento costituzionale di interpretazione. — II. Il dialogo sociale e il ruolo delle parti sociali. — III. Le parti sociali e il contesto giuridico. — IV. Le caratteristiche e i problemi del dialogo sociale autonomo. — V. Costituzione, parti sociali e strategia europea per l'occupazione. — VI. Il M.A.C., la politica sociale e le parti sociali. — VII. Il M.A.C. e il dialogo sociale. — VIII. Le sfide all'autonomia delle parti sociali.

I. — *Solidarietà: un nuovo strumento costituzionale di interpretazione* —

Il diritto del lavoro e la politica sociale a livello europeo possono svolgere un ruolo importante per la modernizzazione e la creazione di relazioni industriali più improntate alla cooperazione a tutti i livelli. Il diritto del lavoro europeo e il sistema delle relazioni industriali possono essere un efficiente mezzo di sostegno al consenso collettivo per quanto attiene i programmi di politica sociale. Il recupero di una strategia consensuale è ora una priorità sia per i datori di lavoro che per i lavoratori considerata la incombente presenza sulla scena europea, da un lato, di una forte istituzione, come la Banca Centrale Europea, che controlla il respiro degli Stati nazionali attraverso il Patto di Stabilità ai fini del contenimento della spesa pubblica e della riduzione del sempre più consistente disavanzo nazionale, e, dall'altro, dello strumento europeo — il Metodo aperto di coordinamento — per i problemi del mercato del lavoro (occupazione/disoccupazione). Le società europee si trovano di fronte a cambiamenti profondi e non poche sfide: la globalizzazione, l'unione monetaria ed economica, le innovazioni tecnologiche, la transizione a un'economia basata sulla conoscenza, i cambiamenti del mercato del lavoro e dell'occupazione.

(*) Docente di Diritto del lavoro nell'Università di Bari.

(**) Il presente saggio costituisce la versione italiana del testo inglese scritto per un Commentario alla Costituzione europea elaborato da un gruppo di studiosi per conto del *European Trade Union Confederation*, di prossima pubblicazione. L'articolo è destinato agli studi in memoria di Matteo dell'Olio.

1. — Il nuovo contesto industriale richiede una modifica profonda della cultura comunitaria e un nuovo atteggiamento nel ridefinire un modello sociale europeo diverso da quelli del passato. Il diritto del lavoro della Comunità degli anni settanta e ottanta, rappresentato dalle direttive sui trasferimenti di imprese, sui licenziamenti collettivi e l'insolvenza dei datori di lavoro, era principalmente diretto a creare una legislazione che fosse uno strumento tecnico per tutelare la concorrenza in un mercato libero. Esso tuttavia appariva privo di una filosofia unificante volta a creare un vero e proprio insieme di regole che disciplinassero le conseguenze sociali delle attività economiche del datore di lavoro.

Quel modello, inoltre, rivelava anche la assenza di un genuino proposito diretto ad affrontare tutti i nodi irrisolti del mercato del lavoro e, su scala più ampia, a promuovere un possibile contesto di relazioni industriali collettive. I Piani d'azione sociale comunitari all'inizio degli anni novanta avevano registrato un mutamento culturale: la strategia europea per l'occupazione, avviata dal *Libro bianco* di Delors, *Crescita, competitività, occupazione*, del 1993, e resa operativa dal Consiglio di Essen nel 1994, aveva segnato una svolta nello sviluppo di una azione coordinata di approccio ai problemi dell'Unione europea nell'ambito di strategie economiche più ampie. Ma esso richiedeva, perché il fine potesse essere perseguito, una nuova cultura economica «aperta e solidaristica» (1).

2. — La solidarietà è un valore che sottolinea il lento processo di crescita del movimento sindacale ed è alla base di tutti i sistemi di diritto del lavoro. Essa è stata inserita nella Carta di Nizza, ora divenuta Titolo IV, Parte II, del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, e nella stessa Parte I di quest'ultimo (art. I-2) quale valore che contraddistingue ogni società nazionale, e a maggior ragione anche quella europea. Essa viene dunque considerata anche come un ingrediente significativo del concetto unitario di cittadinanza europea, costruito sulla base della «cittadinanza sociale», intesa come condizione del cittadino europeo quale *socius* sia nella *polis* che nel mercato del lavoro e nei contesti di *Welfare*. Un concetto più completo di cittadinanza europea comporta diritti civili (libertà, eguaglianza) diritti politici (partecipazione a una vita democratica) e diritti sociali (*welfare* e solidarietà) (2).

(1) COM (94) 333, definitivo, *European social policy: a way forward for the union – A White Paper*.

(2) Aa.Vv., *A Manifesto for Social Europe*, Etui, Bruxelles, 2001.

3. — La cittadinanza sociale europea ha una molteplicità di significati legati allo *status* di lavoratore, sia come singolo che appartenente a un gruppo, corroborato da un insieme di norme e principi che ne difendono l'identità nell'*ambiente* più ampio dell'ordinamento giuridico europeo. La nuova Costituzione prevede libertà, democrazia (già previste all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea), ma anche dignità ed eguaglianza (art. I-2). L'Unione europea si prefigura ora come un ampio contesto giuridico in cui il pluralismo, la non-discriminazione e la solidarietà sono profondamente radicate quali valori costitutivi di un diritto del lavoro e di una politica sociale europei rinnovati da moderno lessico. Purtroppo non è stata inclusa la giustizia sociale – come era stato proposto dal Gruppo di lavoro XI sulla «Europa Sociale» (3) – che avrebbe completato l'elenco di tutti i valori «orizzontali» attinenti a un modello sociale europeo moderno, pur essendo stata indicata tra gli obiettivi dell'Unione (art. I-3).

4. — La maggior parte di quei valori è strettamente intrecciata al diritto del lavoro e alla politica sociale e alle relazioni industriali: la dignità e l'eguaglianza costituiscono il D.N.A. del rapporto di lavoro individuale mentre la democrazia, il pluralismo e la solidarietà descrivono il nocciolo di fondo dei rapporti collettivi. Entrambi richiedono un forte impegno e senso di responsabilità delle parti sociali nel condizionare le decisioni politiche e l'attività legislativa degli organismi politici sovranazionali. Il ruolo strategico dei valori è di guidare la pianificazione economica e legislativa perché siano perseguiti gli obiettivi definiti in un significativo «crescendo» lessicale dalla Costituzione (art. I-3): l'Unione «promuove» la pace e il benessere dei suoi cittadini, «offre» semplicemente un area di libertà, sicurezza e giustizia e «si impegna» per lo «sviluppo sostenibile dell'Europa basato su una crescita economica equilibrata, un'economia di mercato sociale, altamente competitiva e volta a conseguire la piena occupazione e il progresso sociale»; inoltre «combatte» fermamente l'esclusione sociale e la discriminazione e «promuove» «la tutela e la giustizia sociale, l'uguaglianza tra uomini e donne».

«Combattere» e «promuovere» indicano impegni forti. Le variazioni semantiche sono importanti, ma non sufficienti a rinnovare gli strumenti di un meccanismo istituzionale inserito nel precedente art. 2 del

(3) Convenzione n. 516/I/03, p. 8.

Trattato sull'Unione europea ove si parla proprio della necessità di una revisione delle «politiche e forme di cooperazione instaurate dal presente trattato allo scopo di garantire la efficacia dei meccanismi e delle istituzioni comunitarie». Certo le nuove formule contengono un'utopia – il conseguimento della piena occupazione – e una promessa – di promuovere la giustizia sociale. Numerosi membri del Gruppo XI «Europa Sociale» hanno proposto di inserire anche la promozione della occupabilità, l'accesso all'istruzione e alla formazione o il concetto di formazione permanente o la qualità dei posti di lavoro (4).

Ma quello che è importante sottolineare è che la autonomia collettiva, e cioè le cd. parti sociali e le relazioni industriali in generale, è stata qui trascurata, anche se una chiara *filosofia* – e cioè la *Strategia per lo Sviluppo Sostenibile* dell'Unione decisa dal Consiglio europeo di Goteborg nel 2001 – era basata sull'idea che si dovessero esaminare gli effetti economici, sociali e ambientali di tutta la politica europea in una logica integrata che richiede l'impegno di *tutti i protagonisti* del mercato del lavoro e della società industriale.

Il risultato finale è un'affermazione degli obiettivi sociali intesi come equivalenti, e non subordinati, a quelli economici: l'idea della «economia sociale di mercato» risale al vertice di Lisbona, dove si è stabilito come obiettivo che l'Unione europea dovrà diventare entro il 2010 (5) «l'economia più competitiva e dinamica basata sulla conoscenza capace di crescita economica sostenibile con un maggior numero di posti di lavoro e di migliore qualità e con una maggiore coesione sociale».

Si tratta di una strategia che, letta in filigrana, contiene il richiamo a un ruolo fondante che può essere svolto da tutti i valori citati nella Costituzione, in quanto incidenti nel processo di interpretazione da sviluppare in un rinnovato contesto giuridico-costituzionale. La solidarietà è uno dei valori cui si ispirano la Parte I (articoli 1 e 2) e la Parte II (Titolo IV) ed è uno strumento così vincolante nell'analisi del contesto normativo che la sua violazione da parte di uno Stato membro può esporlo a un ammonimento e alla procedura di sanzione ai sensi dell'art. III-360 ff. (6). Ed è questo il modo per far rispettare politica-

(4) Convenzione n. 516/I/03, p. 8.

(5) Conclusioni della Presidenza di Lisbona, par. 5, confermate nell'Agenda Politica Sociale 2000-2005 COM (2000), definitivo, 28 giugno 2000, capitoli 1-2, in A. Neal (ed.), *European Labour law and social policy*, Kluwer, 2002, vol. I, p. 255.

(6) Come dichiarato nel commento all'art. 2, Convenzione n. 528/03, Allegato II.

mente ciò che viene considerato un nocciolo duro di diritti fondamentali che «hanno contenuti chiari e precisi» (7).

II. — *Il dialogo sociale e il ruolo delle parti sociali* —

5. — Il primo livello nel quale le parti sociali possono apparire a livello europeo coincide con la prima trasformazione rivoluzionaria della struttura istituzionale del diritto e della politica sociale del Trattato di Maastricht (8). La storia del *dialogo sociale* segna una svolta non solo nella riforma del meccanismo decisionale europeo, ma anche nei rapporti tra il diritto e la autonomia collettiva. La storia risale al 1987 quando l'Atto Unico europeo introduce *la regola aurea del dialogo sociale*: «La Commissione si sforza di sviluppare a livello europeo il dialogo tra le parti sociali che possa sfociare – se esse lo ritengono opportuno – in relazioni convenzionali» (art. 22 dell'Atto Unico europeo), «compresi gli accordi» come viene puntualizzato nel 2003 dopo gli emendamenti di Maastricht, Amsterdam e Nizza (art. 139, *ex* 118B T.C.E.).

6. — Oggi la Costituzione dichiara: «L'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo presente la diversità dei sistemi nazionali. Essa facilita il dialogo tra le parti, nel rispetto della loro autonomia.

Il Vertice Sociale Trilaterale per la Crescita e l'Occupazione contribuisce al dialogo sociale» (art. VI-48).

La dichiarazione è piuttosto chiara e deve essere interpretata alla luce dell'intera «filosofia» del Titolo VI che è dedicato a «La vita democratica dell'Unione».

Anzitutto, l'art. 48 riconosce le funzioni dei due antagonisti delle relazioni industriali a livello della Unione e il ruolo strategico del dialogo sociale nel rafforzare la democrazia nel contesto sovranazionale. Dunque sia l'autonomia collettiva sociale che il dialogo sociale sono sintomi e ingredienti della democrazia «sociale» che completano – insieme a quella «rappresentativa» (art. VI-46) e quella «partecipativa» (art. VI-47) – il mosaico della «uguaglianza democratica», vale a dire il diritto dei cittadini di «beneficiare di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi» (art. VI-45).

(7) Commento all'art. 2, Convenzione n. 528/03, Allegato II.

(8) B. Bercusson, in Aa.Vv., *A Manifesto*, p. 111.

In secondo luogo è un preciso e specifico obbligo legale del governo europeo di «riconoscere e promuovere» il ruolo delle parti sociali (tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali), ma ancor più di «facilitare» il dialogo «nel rispetto della loro autonomia».

7. — La nuova qualificazione «dialogo sociale autonomo» riflette l'idea che i poteri collettivi privati sono la base per costruire un sistema di relazioni industriali autonomo anche a livello internazionale e comunitario.

Il senso delle parole non è meramente enfatico se leggiamo il Titolo VI alla luce del Capitolo III, Parte III, e in generale nel contesto delle tematiche concernenti la politica sociale. Il Trattato costituzionale sembra articolare e confermare un supporto legislativo alla autonomia delle parti sociali:

- promuovendo la loro consultazione a livello di Unione;
- adottando misure per facilitarne il dialogo;
- garantendo sostegno equilibrato alle parti;
- consultando le parti sociali sull'eventuale orientamento dell'azione comunitaria;
- consultando le parti sociali sui contenuti delle proposte;
- accettando la loro opinione o, ove opportuno, una raccomandazione, inviata alla Commissione;
- prevedendo un'eventuale iniziativa autonoma delle parti per avviare il processo contrattuale e l'accordo autonomo (art. III-211);
- adottando regolamenti o decisioni di attuazione degli accordi conclusi a livello europeo, su richiesta congiunta delle parti firmatarie (art. III-212).

L'autonomia dei vari protagonisti interferisce con la procedura del processo legislativo sia all'atto della presentazione di una proposta che della decisione dei suoi contenuti.

8. — Così rafforzato a livello costituzionale il meccanismo del dialogo sociale e degli accordi collettivi comunitari diventa un elemento chiave della strategia sociale europea. La sua storia è ricca di successi e sconfitte. Il suo inizio risale ai negoziati di Val Duchesse del 1985 ove sono state poste le basi del metodo di governo consensuale di intese comuni su questioni complesse. La storia mostra anche in che modo questo meccanismo legislativo è stato utilizzato alternativamente nel favorire una procedura volontaria (Accordi sull'orario di lavoro in agricol-

tura e tele-lavoro (2002) o l'*iter* formativo di una legge, come nei casi delle Direttive su: Consigli di azienda europei (1994), congedi parentali (1995), *part-time* (1997) e diritti dei lavoratori a tempo determinato (1999). Ma anche il dialogo sociale settoriale conferma il giudizio positivo sull'efficienza del meccanismo: gli Accordi europei sulla riduzione (agricoltura 1997) e sull'organizzazione dell'orario di lavoro (trasporto marittimo 1998, ferroviario 1998 e aereo 2000) (9), l'Accordo sui diritti sociali fondamentali nel settore europeo del commercio (1999), un Accordo quadro sul lavoro minorile nel settore delle calzature (1998) sono il prodotto di questo processo. Le parti sociali sono anche attive in diversi modi – esprimendo opinioni congiunte, *memorandum* e raccomandazioni (10).

9. — Un ruolo importante delle federazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro è stato riconosciuto nel processo di Lisbona, nella forma di periodici «vertici sugli affari sociali» che si svolgono in occasione del Consiglio europeo di primavera, nei quali le parti sociali hanno l'opportunità di esprimere le proprie opinioni in merito alle questioni in gioco. Si tratta di una prassi che è stata trascurata nella precedente redazione costituzionale del 18 luglio 2003 ed è stata introdotta in un nuovo art. VI-48 denominato *Vertice sociale tripartito per la crescita e l'occupazione* (11), come ulteriore passo di un coinvolgimento progressivo della autonomia collettiva nel processo decisionale concernente l'occupazione e la politica macro-economica dai Consigli europei di Lussemburgo (1997) e Colonia (1999). Nel Consiglio di Laeken le parti sociali avevano lamentato come il Comitato per la occupazione (art. II-208) non avesse favorito l'integrazione del metodo della concertazione sui vari aspetti della Strategia di Lisbona.

Il nome conferito a questa nuova Istituzione sembra voler indicare una competenza ampia comprensiva di tutti i profili della occupazione e della crescita economica. Il collegamento tra i due aspetti conferisce al

(9) Commissione europea, *Industrial Relations in Europe-Editorial*, 2000, in M. Biagi (a cura di), *Towards a model of industrial relations?*, Kluwer, 2001, p. 22.

(10) R. Blanpain, *The european Union and employment law*, in Blanpain-Engels (a cura di), *Comparative labour law and industrial relations in Industrialized market economies*, Kluwer, 2001, p. 174; un'indagine più aggiornata si trova in Commissione U.E., *Industrial relations in Europe*, E.U., Bruxelles, 2004, capitolo 3.

(11) Decisione del Consiglio del 6 marzo 2003 2003/174/EC, in *GUCE* 14 marzo 2003.

tema del mercato del lavoro una dimensione di primo piano all'interno della quale esso viene chiamato a occuparsi di tutti gli aspetti della politica sociale e del mercato del lavoro, in funzione servente rispetto al dialogo sociale. Ma qui il pubblico potere (Consiglio e Commissione) non appare come pura forza motrice; esso svolge piuttosto un ruolo di *primus inter pares* nell'intera procedura di concertazione. La sua presenza nel nuovo contesto deve essere coordinata con l'intera logica costituzionale che promuove l'autonomia delle parti sociali da rispettarsi a tutti i livelli, anche a quello dell'Unione. Infatti è stato dichiarato che i poteri pubblici dell'U.E. hanno la funzione di «facilitare» sia i datori di lavoro che i lavoratori «garantendo un sostegno equilibrato alle parti» (art. III-211).

L'organo tripartito conferisce più energia alle imprese e ai sindacati europei che operano nel contesto del dialogo sociale così inteso quale «affare» proprio della autonomia privata. Il nuovo organo deve:

«garantire [...] la concertazione continua tra il Consiglio, la Commissione e le parti sociali»;

«consentire alle parti sociali a livello europeo di contribuire [...] alle varie componenti della strategia sociale ed economica integrata».

Il coinvolgimento è finalizzato a contribuire anche, ma non solo, alla «dimensione dello sviluppo sostenibile» (12). L'obiettivo politico è anche chiaro: la gamma di argomenti da affrontare è vasta perché coinvolge la strategia sociale ed economica – dalla macroeconomia all'occupazione, al diritto del lavoro e alle relazioni industriali. Questa scelta è in linea con la prospettiva politica della Commissione, derivante dalle indicazioni delle esperienze nazionali europee: entrambi i tipi di dialogo bipartito e tripartito «contribuiscono a una migliore coesione e alla creazione del consenso, stimolando la cooperazione tra i vari livelli dei protagonisti delle relazioni industriali, che favorisce la crescita della fiducia e della comprensione reciproca» (13).

III. — *Le parti sociali e il contesto giuridico* —

10. — Ma è tuttora soddisfacente il riconoscimento *da parte della legge* del ruolo dei sindacati e delle associazioni dei datori di lavoro nell'attuale contesto normativo comunitario?

(12) Art. 2 Decisione del Consiglio 2003.

(13) Comunicazione dalla Commissione, *Partnership for change in an enlarged Europe – Enhancing the contribution of European social dialogue*, COM (2004), 557, definitivo, Allegato I, p. 12.

L'impressione è che l'esito giuridico, contenuto nelle frasi piuttosto enfatiche ma troppo sobrie del Trattato costituzionale, non sia del tutto coerente con il ruolo rivestito sino a oggi di fatto dalle parti sociali e dal dialogo sociale, soprattutto se il riconoscimento costituzionale della proclamata qualità «autonoma» di quest'ultimo viene letto come omaggio tributato alla possibile funzione che i soggetti collettivi possono svolgere. Infatti, il significato dell'espressione «autonomia» è sottolineato dai giudici europei allorché considerano il dialogo sociale quale «sostituto del Parlamento europeo nel processo decisionale». In altre parole, è proprio questo istituto (e i soggetti promossi a co-regolatori a livello europeo) che ha il compito di «democratizzare la vita dell'Unione» (14). Il principio fondamentale della democrazia (art. 6 Trattato sull'Unione europea) richiede che la partecipazione delle persone al processo legislativo sia garantita comunque (par. 89) e i giudici di Lussemburgo hanno concluso che, perché si rispettino i requisiti della democrazia, la partecipazione deve essere assicurata, anche in modo alternativo, in questo caso anche dalle parti sociali che stipulano l'accordo al quale il Consiglio – su proposta della Commissione – conferisce un fondamento giuridico.

Ma va osservato che la loro libertà viene compromessa dall'ulteriore requisito della supervisione da parte della Commissione, del Consiglio e della Corte di Giustizia (15) in merito alla qualità (rappresentatività) degli attori che prendono parte alle consultazioni.

11. — Si tratta di un problema irrisolto a livello costituzionale, e che potrebbe essere superato, *in primo luogo*, riconoscendo un ruolo rafforzato alla autonomia collettiva nella costruzione di un vero sistema di relazioni industriali, configurabile quale «pilastro fondamentale dell'Unione europea» e strumento di integrazione sociale positiva, come è stato richiesto dall'E.T.U.C. (16). Il presupposto è che sia fornito il radicamento giuridico alla operazione indicata, garantendo il rispetto dei diritti sindacali transnazionali – vale a dire il diritto di associazione e di sciopero a livello europeo –, emendando l'art. III-210, par. 6 – come è stato proposto da alcuni membri del Gruppo XI-Europa

(14) UEAPME c. Consiglio e Commissione 17 giugno 1998, T-135/96.

(15) B. Bercusson, *Democratic legitimacy and the European labour law*, in *Industrial Law Journal*, 1999, p. 28.

(16) Comitato Esecutivo dell'E.T.U.C., *A constitutional Treaty for a social and citizen's Europe*, 9-10 ottobre 2002.

Sociale —, «quale conseguenza logica del riconoscimento dell'autonomia di azione dei datori di lavoro e dei lavoratori» (17).

In secondo luogo, una possibile modifica dell'assetto esistente porterebbe «a qualificare il ruolo e i diritti di *management* e sindacati europei come co-regolatori, e il loro coinvolgimento nelle procedure decisionali a livello dell'U.E., come la consultazione e la concertazione, in tutte le questioni riguardanti le loro responsabilità dirette» (18), ampliando la gamma delle loro possibili competenze. L'idea di alcuni rappresentanti del Gruppo XI è stata anche di rafforzare il ruolo dell'autonomia sociale «in particolare nelle consultazioni macro-economiche, nella creazione di leggi e nella promozione di meccanismi per la conciliazione e la composizione di vertenze», assicurando «l'esercizio effettivo dei diritti delle parti sociali europee alla contrattazione e alla conclusione di accordi collettivi volontari applicabili» (19). Una *terza* via potrebbe essere quella del rafforzamento della identità strutturale del dialogo sociale, attraverso la creazione di una «infrastruttura europea permanente delle parti sociali» per sviluppare le consultazioni e le trattative istituzionalizzate «con le parti sociali europee riconosciute a livello settoriale e interprofessionale sulle questioni relative ai trattati sull'Unione europea» (20).

12. — Sembra dunque che la filosofia di fondo consista ancora oggi nell'aiutare e migliorare la sussidiarietà orizzontale, anche se essa solleva il problema dell'identità dei soggetti co-regolatori. Siamo così nel pieno di un dibattito molto controverso tra i sindacati e le organizzazioni datoriali. Non era compito del legislatore costituzionale tagliare il nodo gordiano della rappresentatività, ma è proprio l'idea del dialogo sociale autonomo che rivitalizza il tema delle *dramatis personae* che partecipano a un «tavolo europeo» a fini di consultazione, informazione e contrattazione collettiva.

La categoria della autonomia implica che ogni meccanismo decisionale relativo alla identità e alle funzioni dei soggetti collettivi sia, appunto, volontario e scevro da condizionamenti esterni e presuppone l'indipendenza delle parti che partecipano alla procedura.

La Commissione ha adottato un approccio realistico e pragmatico al tema della rappresentatività che «premia» lo *status quo* adducendo co-

(17) Documento del Gruppo XI «Europa Sociale», p. 28.

(18) Comitato Esecutivo dell'E.T.U.C., *A Constitutional Treaty*, p. 5.

(19) Rapporto definitivo del Gruppo XI «Europa Sociale», par. 68.

(20) Comitato Esecutivo dell'E.T.U.C., p. 5.

me ragione del proprio *self-restraint* la «quantità notevole di esperienza» già esistente ed ereditata dalla storia della vita democratica dell'Unione tra C.E.S., U.N.I.C.E. e C.E.E.P. In uno studio (21) la Commissione ha concluso che la diversità dei modi di procedere degli Stati membri è tale che non esiste un modello unico esportabile o replicabile a livello europeo e che i sistemi nazionali hanno tutti impiegato molto tempo per crescere e svilupparsi. Essa ha escluso che possa costruirsi in breve tempo e con una decisione amministrativa un modello europeo «buono per tutte le stagioni».

Ciò non ha impedito tuttavia alla stessa Commissione di redigere dei criteri identificativi del soggetto «rappresentativo» idoneo a partecipare alla consultazione e ha proposto che le organizzazioni debbano: a) essere intercategoriale o relative a categorie o settori specifici ed essere organizzate a livello europeo; b) essere costituite da organizzazioni che siano esse stesse componenti riconosciute e integranti della struttura delle organizzazioni degli Stati membri e abbiano la capacità di negoziare accordi e che siano il più possibile rappresentative di tutti gli Stati membri; c) avere strutture adeguate per garantire l'effettiva partecipazione alla consultazione (22).

È intervenuto sulla proposta l'ECOSOC che ha formulato due criteri alternativi, e cioè: a) che siano rappresentative quelle organizzazioni riconosciute dalle parti sociali nazionali ritenute rappresentative dalla prassi e dalle leggi nazionali; b) che le parti sociali a livello di CE. debbano essere selezionate tenendo presente la natura del processo e l'esito del dialogo sociale a livello di CE. Si tratta dunque di criteri transnazionali collegati alle scelte dei sindacati nazionali e alla capacità organizzativa (23). Ma la Commissione ha avuto un tale rispetto della cosiddetta «autonomia delle parti» che ha concluso che solo queste sono in grado di sviluppare il proprio dialogo e la relativa struttura negoziale (24) e ha proposto di lasciar decidere alle parti sociali chi sia in grado di soddisfare i criteri (25).

(21) COM (93) 600, definitivo 14 dicembre 1993, Allegato 3.

(22) COM (93) 600, Allegato 3, e COM (98) 322, Allegato 1, in A. Neal, *Cases and Materials*, Kluwer, 2002, vol. 1, pp. 69-70.

(23) *GUCE*, 1994, C-397, par. 2.1.12.

(24) COM (93) 600 par. 26.

(25) COM (96) 448, par. 17; COM (98) 322, par. 18. A. Neal, vol. I, p. 53; vedere l'indagine completa sulla questione, coordinata – su richiesta della Commissione dell'U.E. – dall'Institut des Sciences du travail-Université Catholique de Louvain – Rapporto sulla rappresentatività delle organizzazioni delle parti sociali, Lovagno, 1999, parte I.

13. — Oggi l'art. I-48 della Costituzione contiene l'idea che il dialogo sociale «sia lo strumento ideale per lo sviluppo armonioso della politica sociale della Commissione» (26) e, allo stesso tempo, può anche costituire la fonte di legittimazione per tutti soggetti che partecipano al processo legislativo a livello comunitario. Un accordo tra le parti sociali e il parlamento europeo su di un quadro di norme e principi concordati potrebbe superare il *test* della «rappresentatività sufficiente», preservando l'autonomia dei soggetti privati collettivi (27).

Si tratta di un presupposto per rafforzare tutta l'architettura del sistema delle relazioni industriali – consultazione, informazione, contrattazione collettiva – che potrebbe esser sviluppata per far fronte a un'ampia gamma di problemi che sono effettivamente in gioco: la competitività e l'innovazione con la coesione sociale, l'inclusione sociale e la tutela, la scuola e la formazione permanente, le condizioni e l'organizzazione del lavoro, le nuove forme di occupazione, la gestione dell'orario di lavoro, la possibilità di coniugare lavoro e vita familiare.

14. — L'idea è che più l'integrazione economica del mercato europeo diviene fortemente centralizzata e governata più l'agenda sociale europea ha bisogno di un antidoto equivalente costituito da una solida architettura delle relazioni industriali europee. Le proposte che emergono dal *Rapporto del Gruppo di Alto Livello sulle relazioni industriali e il cambiamento nell'Unione europea* (28) sono intese a migliorare il ruolo delle relazioni collettive attraverso vari meccanismi istituzionali: l'interazione tra l'U.E. e le sedi decisionali locali e nazionali nel caso in cui, ad esempio, il governo europeo individui dei problemi strategici da affrontare con negoziati decentrati, l'interazione tra processi bipartiti e tripartiti a livello europeo per il loro miglioramento funzionale; l'interazione tra i livelli settoriale e interprofessionale; la creazione di una nuova commissione al più elevato vertice politico, in prossimità dei consigli europei di primavera, per razionalizzare e semplificare la procedura di consultazione e concertazione (29).

La filosofia che è alla base di questo progetto di riforma è implicita nell'espressione generale «*governance* sociale», dove il dialogo sociale e la

(26) Commissario Flynn nel dialogo sociale *The situation in the Community in 1995*, Social Europe, 2/95, p. 5.

(27) Bercusson, *Democratic legitimacy*, p. 170.

(28) Commissione U.E., *Occupazione e affari sociali*, 2002.

(29) Rapporto sul Gruppo di Alto Livello, p. 5.

contrattazione collettiva interagiscono vicendevolmente in tutte le sedi nella prospettiva di ampliare la portata dei temi che sono in gioco nel processo negoziale. La concertazione sociale attraverso la discussione tripartita si deve occupare di tematiche sociali interessanti e di problemi pubblici. Le associazioni sindacali e imprenditoriali devono ridefinire i contenuti delle proprie strategie consolidate «in un modo che guardi all'interesse pubblico assumendo responsabilità più ampie e affrontando argomenti di interesse generale»: il Patto sociale irlandese mette in rilievo la partecipazione e l'inclusione sociali quali obiettivi «coordinati» e l'Accordo olandese colloca le politiche dei datori di lavoro e dei sindacati nel contesto di una «politica attiva del mercato del lavoro» (30). La strategia può essere esportata a livello europeo, ampliando la portata del dialogo sociale ai profili della immigrazione, della non discriminazione, dell'invecchiamento e della partecipazione dei soggetti della società civile.

IV. — *Le caratteristiche e i problemi del dialogo sociale autonomo* —

Nonostante tutte le proposte del sindacato e la «costituzione materiale» — rappresentata dall'*acquis communautaire* — la strada seguita dalla Costituzione è stata solo in parte soddisfacente sotto il profilo della valorizzazione effettiva della autonomia collettiva. Sembra che la evoluzione del processo di sostegno alla nascita di un sistema di relazioni industriali a livello comunitario rappresenti un «discorso interrotto» con le istituzioni sociali e del diritto del lavoro che agiscono sulla scena europea.

15.a) — Nella *ratio* della Costituzione il tema della democrazia sociale costituisce, accanto a quella politica e *lato sensu* civile, un ulteriore tassello di un mosaico coerente di un'idea generale di democrazia e deve essere interpretata come ingrediente essenziale di una società e un mercato pluralistici dell'Unione insieme al sistema dei partiti e delle istituzioni della società civile (31).

L'art. I-48 è, nel settore delle relazioni collettive comunitarie, molto più di un pio desiderio e ha una natura giuridica dotata di un duplice significato. Da un punto di vista giuridico stabilisce un obbligo *ex lege* imposto all'Unione di confronto con i poteri privati collettivi

(30) Rapporto del Gruppo di Alto Livello, p. 6.

(31) Il rapporto del Gruppo di Lavoro XI «Europa Sociale» contiene il principio generale del riconoscimento esplicito delle parti sociali, Convenzione n. 516/1/03, Rev. 1, par. 7.

e in un'ottica politica configura il ruolo delle istituzioni comunitarie quali terzo attore neutrale sulla scena costituzionale.

L'obbligo di legge ha come contenuto un atteggiamento «passivo» di semplice riconoscimento dell'esistenza delle parti sociali e del loro ruolo in un contesto rinnovato di valori e obiettivi costituzionali che l'Unione deve perseguire. Ma nel contempo ha una funzione generale «propositiva» di promozione (vale a dire di sostegno e rafforzamento) di tutte le attività che le parti sociali svolgono all'interno dell'architettura di un contesto normativo rinnovato. In sintesi il modello normativo imposto consiste in una strategia maggiormente integrata tra poteri pubblici e privati che faciliti il dialogo sociale rispettando l'autonomia degli attori sociali.

L'articolo ipotizza una dimensione pluralistica del contesto delle relazioni industriali a livello di UE.

La Costituzione sembra migliorare l'attivismo dei protagonisti collettivi considerando i recenti cambiamenti intervenuti nell'Unione dall'inizio del nuovo secolo. L'attuale fisionomia è composta da un nuovo modello economico – un'economia «sociale» di mercato e meccanismi istituzionali complessi (la sussidiarietà orizzontale e la legislazione negoziata, i contratti collettivi europei, il dialogo sociale) – entro un nuovo contesto politico: *governance* e *partnership* sociali.

Tuttavia sarebbe stata opportuna una proclamazione più esplicita – nello stesso articolo 1-48 – del ruolo dell'U.E. come promotore di un sistema europeo di relazioni industriali attraverso un quadro di diritti sindacali transnazionali (informazione e consultazione, libertà di assemblea e associazione ecc.). In altre parole sarebbe stato opportuno maggiore coraggio nel configurare come basi giuridiche delle relazioni collettive i diritti previsti agli artt. 12 (1), 27, 28 della Carta di Nizza, garantendoli «esplicitamente» anche in una dimensione transnazionale.

Allo stato attuale, la assenza di questi riferimenti in una disposizione *ad hoc nel contesto del Trattato implica* che la interpretazione del nuovo «Libro Costituzionale» va fatta alla luce dell'art. I-48, in quanto strettamente connesso ad altre norme costituzionali interne, contenute nel Capitolo sulla Solidarietà ove viene prevista, sia pure in forma indiretta, l'autonomia collettiva anche a livello dell'Unione europea.

15.b) — In quest'ottica è possibile dar senso a tutte le asettiche espressioni utilizzate nel contesto lessicale dell'articolo, la cui sobria formulazione richiede prima di tutto un chiarimento in merito ai compiti

degli attori sulla scena. Per quanto riguarda le parti sociali il riferimento al loro «ruolo [...] al suo livello (cioè dell'Unione)» implica naturalmente il coinvolgimento a livello comunitario, appunto, delle stesse sia nelle attività già oggi previste che in quelle future nei settori di loro competenza – come indicato agli articoli III-210-211-212 ove appaiono le funzioni «classiche» svolte in ogni modello di relazioni industriali (consultazione, co-regolazione, trattative collettive, dialogo sociale).

15.c) — Per quanto riguarda l'obbligo dell'Unione «di facilitare» il dialogo sociale, esso deriva da una prassi storicamente consolidata per cui si coinvolgono le parti sociali nelle procedure di *governance* economica secondo quanto indicato dal dialogo macro-economico (Colonia 1999), dalla strategia dell'occupazione di Lussemburgo (dal 1997) e dal vertice sociale con le riunioni del Consiglio europeo.

16. — L'obbligo di «facilitare» ha come contenuto possibile un'ampia gamma di funzioni – sia esterne che interne alla «zona» di libertà delle parti sociali in quanto co-protagonisti del dialogo.

La parola ricorda la stessa espressione utilizzata all'art. III-211, par. 1, dove comunque il dovere della Commissione è finalizzato a «garantire un sostegno equilibrato alle parti». E l'impegno pubblico è inserito in una procedura di macro-consultazione sul possibile orientamento dell'intervento dell'Unione in un settore ampio di interessi diretti di imprese e sindacati, quale è appunto la «politica sociale».

Un'interpretazione sistematica rende l'art. I-48 – proclamando un principio generale di promozione dell'U.E. come società democratica e pluralistica – l'espressione di una nuova cultura costituzionale imponendo un nuovo obbligo alle sue istituzioni di collegarsi in modo più consistente sia alle istituzioni rappresentative degli interessi delle imprese e dei lavoratori che alla società civile in generale. In altre parole sembra richiedere un ruolo più attivo nel promuovere e supportare il dialogo sociale non solo dando «sostegno equilibrato» alle parti, ma «rispettando la loro autonomia».

Ma il modo in cui la Commissione (32) ha interpretato il proprio mandato di «facilitare» l'iniziativa autonoma dei privati nel processo dinamico del dialogo suona contraddittorio con la *ratio* della legge.

(32) *Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata*, COM (2004) 557, definitivo.

Da un lato essa ipotizza una sorta di sostegno per così dire «esterno» a una procedura che si suppone sia una «partita» giocata direttamente dalla autonomia collettiva e che non implica niente più che un atteggiamento favorevole dell'Unione europea. I suoi organi decisionali possono manifestare la loro «attenzione» in vari modi:

– *guardando con favore* al desiderio delle parti sociali di portare avanti un dialogo «più autonomo» per realizzare gli obiettivi di Lisbona;

– *incoraggiando* l'impiego di tutte le risorse di confronto offerte dalle direttive sociali mediante i negoziati a tutti i vari livelli;

– *intensificando* il sostegno al dialogo sociale bipartito e migliorandone la visibilità;

– *assistendo* anche le parti sociali nel dare seguito al loro testo promuovendo la condivisione di esperienze sulle prassi di *follow-up*;

– *rafforzando* il sostegno finanziario per gli interventi congiunti di *follow-up* attuati dai *partners* europei;

– e *incoraggiandoli* a utilizzare maggiormente la tecnica di *peer review* (verifica da parte di colleghi) ispirata dal metodo aperto di coordinamento.

D'altra parte, la Commissione sembra temperare il proprio entusiasmo sull'abilità e la capacità dell'autonomia collettiva di costruire un sistema di relazioni industriali collettive funzionali agli interessi del diritto e ai principi comunitari. L'integrazione armoniosa tra ordinamento giuridico pubblico e sistema dell'autonomia privata si arresta improvvisamente sulla soglia delle attività dei poteri privati quando essi sono impegnati a livello di Unione europea in accordi liberamente negoziati alla luce delle disposizioni costituzionali.

17. — La Commissione sembra fornire un quadro ricostruttivo del proprio ruolo non armonico con le norme costituzionali proprio laddove esse si occupano della dinamica dei rapporti tra organi di governo dell'U.E. e poteri privati collettivi (artt. III 211-212) (33).

La nuova «filosofia» dei rapporti interistituzionali prevista dalla Commissione profila una procedura ispirata dall'idea della schiacciante presenza delle istituzioni pubbliche nell'ambito dell'iniziativa

(33) Comunicazione dalla Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale delle Regioni per quanto riguarda il riesame della Direttiva n. 93/104/Ce riguardante alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, COM (2003) 843, definitivo, Bruxelles 30 dicembre 2003.

privata e degli «accordi autonomi» che essa produce, vale a dire nell'ambito tradizionalmente riservato alle forze collettive (34).

Due tipi di limiti sono imposti allo sviluppo di un sistema di relazioni industriali dinamico e genuino.

I limiti *procedurali* sono rappresentati dalle corrispondenti prerogative della Commissione:

– *intraprendere* una valutazione preventiva degli accordi autonomi prima di pubblicarla e informare il Parlamento europeo e il Consiglio dei Ministri;

– *valutare* – dando la precedenza al monitoraggio avviato dalle parti sociali stesse –, alla scadenza del periodo di monitoraggio e attuazione, la misura in cui la iniziativa delle parti ha contribuito alla realizzazione degli obiettivi della Comunità;

– *considerare*, in caso di giudizio negativo, la possibilità di avanzare la proposta di un atto legislativo;

– ed *esercitare*, in qualsiasi momento, anche nel periodo di attuazione, il diritto di iniziativa, qualora si ritenga che le parti sociali stiano ritardando la realizzazione degli obiettivi comunitari.

I limiti *sostanziali* apposti agli accordi «autonomi» mostrano in che modo la Commissione intenda equilibrare la dinamica tra le sue prerogative e il ruolo di regolazione svolto dalle parti sociali. Essa, infatti, sottolinea in che modo si dovrebbe dare la preferenza all'attuazione di una decisione del Consiglio:

– quando sono in gioco diritti fondamentali o importanti opzioni politiche;

– dove si devono applicare regole in modo uniforme in tutti gli Stati membri e in modo completo per ogni singolo tema;

– quando gli accordi «autonomi» non sono idonei a modificare il contenuto di precedenti direttive adottate da parte del Consiglio e del Parlamento europeo mediante la normale procedura legislativa.

18. — I limiti procedurali e sostanziali sembrano contraddire il rispetto proclamato e reiterato del ruolo della libertà collettiva. La Commissione non ha alcuna intenzione di svolgere una funzione ancillare anche nel processo di contrattazione collettiva nonostante gli omaggi piuttosto enfatici e retorici anticipati nella Comunicazione del 12 ago-

(34) Comunicazione dalla Commissione, *Partnership for change in an enlarged Europe-Enhancing the contribution of European social dialogue*, COM (2004) 557, definitivo, par. 4.4.

sto 2004. Frasi come «riconosce pienamente l'autonomia negoziale delle parti sociali», «nel rispettare il principio di autonomia», «nel dare precedenza al monitoraggio intrapreso dalle parti sociali stesse», «nel riconoscere l'ampia portata delle competenze sociali» (par. 4.4) hanno il sapore di puri e semplici «omaggi rituali».

Sembra dunque che la Commissione consideri gli articoli III-211 e 212 come «scatole vuote» da riempire di norme sostanziali e procedurali non rintracciabili dalla nuova Costituzione e che in qualche modo violano il principio da questa proclamato della autonomia del confronto. Nell'attuale formulazione costituzionale, il Parlamento europeo ha il diritto di essere informato ma non ha alcun potere formale di proporre emendamenti agli accordi negoziati tra le parti, né la Commissione appare dotata di alcun potere visibile di interferire nel periodo di attuazione e di monitoraggio dell'accordo, affidato ai protagonisti collettivi profondamente interessati al raggiungimento dell'obiettivo della loro strategia negoziale. Né ha un potere discrezionale visibile per esercitare un diritto di iniziativa «in qualsiasi momento anche nel periodo di attuazione» adducendo come motivazione il fatto che l'accordo «non riesce a realizzare gli obiettivi della Comunità» (par. 4.4).

Il modello previsto rappresenta una grave minaccia all'autonomia del dialogo sociale, determinando una sovrapposizione tra i due sistemi giuridici, in contrasto con la filosofia dichiarata di libertà delle parti e della solidarietà. Entrambi i valori sembrano essere ancor più condizionati dai limiti sostanziali: chi giudica quando le opzioni politiche sono così importanti da restringere la portata delle competenze delle parti sociali o quali sono i diritti che sono considerati fondamentali? Non si dovrebbe consentire alle parti sociali di trattare sul diritto di sciopero, sulla struttura della contrattazione collettiva e sulle associazioni? Chi decide qual è il significato dell'economia «sociale» di mercato e quali sono le misure di legge idonee (leggi o contratti collettivi) funzionali al conseguimento di quest'obiettivo?

V. — *Costituzione, parti sociali e strategia europea per l'occupazione* —

19. — Il problema dell'occupazione è stato al centro della strategia europea di riforma del Trattato proposta e accettata dai sindacati e dai datori di lavoro ad Amsterdam. La riunione straordinaria del Consiglio sull'occupazione che si è svolta a Lussemburgo (1997) ha accolto l'idea, formulata dalla Commissione europea, di costruire una politica dell'occupazione sulle quattro priorità o sui quattro pilastri: imprendito-

rialità, occupabilità, adattabilità e pari opportunità nell'ottica della creazione di un maggiore numero di posti di lavoro e di una migliore qualità degli stessi. Il vertice di Lisbona del 2000 ha stabilito per l'Unione un obiettivo strategico da perseguire nel decennio: «rendere l'economia basata sulla conoscenza più dinamica e competitiva del mondo, capace di crescita economica sostenibile con un maggior numero di posti di lavoro e di migliore qualità e con una maggiore coesione sociale» (35).

20. — Il Titolo VIII del Trattato CE riproduce questa strategia generale e oggi essa è espressa dal Cap. III, Titolo III, della Costituzione senza mutamenti di rilievo.

L'*incipit* della norma è notevole: «L'Unione e gli Stati membri, in base alla presente sezione, si adoperano per sviluppare una strategia coordinata a favore dell'occupazione e in particolare a favore della promozione di una forza lavoro competente, qualificata e adattata e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici, al fine di realizzare gli obiettivi di cui all'art. I-3».

L'art. III-203 (*ex art.* 125 Trattato CE) rispecchia e formalizza il processo di Essen e l'emergente Strategia europea per l'Occupazione. La posizione centrale del mercato del lavoro, vicina alla politica economica, nel capitolo generale intitolato «Politiche in altre aree specifiche» riflette ancora l'ipoteca che ha condizionato la cultura sociale sin dagli esordi della comunità. L'occupazione e le relative strategie sono ancora profili complementari a quelli economici, nonostante si dichiarino che «un alto livello di occupazione» è uno degli obiettivi dell'Unione (art. I-3) e che l'economia sociale di mercato sia un pilastro ideologico della sua *Weltanschauung* interna. La assenza di qualsiasi nesso tra le due strategie non è stata colmata, come era stato indicato dal Comitato Esecutivo dell'E.T.U.C. che, nel proporre una logica di *mainstreaming* per il lavoro nell'ambito delle linee guida generali di politica economica, chiedeva che queste ultime dovessero essere «in linea con le linee guida per l'occupazione adottate ai sensi dell'art. 128» (36).

(35) Conclusioni della Presidenza di Lisbona, par. 5, confermate dalla Commissione nella Agenda di Politica Sociale 2000-2005 COM (2000) 379, definitivo, 28 giugno 2000, cap. 1-2, in A. Neal, *European Labour law and social policy*, Kluwer, 2002, vol. I, p. 255.

(36) Comitato esecutivo, p. 8.

La formula adottata all'art. III-204, par. 1 (*ex art.* 128 T.C.E.), inverte i termini della sequenza e dà priorità alle linee guida economiche rispetto ai temi del mercato del lavoro che «devono conformarsi alle linee guida generali adottate ai sensi dell'art. III-179 (2)». Il vero protagonista della scena è il Consiglio dei Ministri che, su raccomandazione della Commissione, formula una bozza delle linee guida generali di politica economica degli Stati membri e dell'Unione e riferisce i risultati al Consiglio europeo (art. III-179, par. 2).

L'intera architettura della Strategia europea per l'Occupazione è ispirata dall'idea di un controllo centralizzato delle politiche dell'impiego nell'ambito della *performance* economica del mercato unico europeo. È stato detto che «il Titolo sull'occupazione si fonda su una concezione decentralizzante della sussidiarietà, nella quale l'Unione consente e gli Stati membri realizzano», relegando ai margini il Parlamento e attribuendo alla Commissione il ruolo di attore di supporto (37).

Ma emargina anche il ruolo del dialogo sociale e dà alle parti sociali il semplice diritto di esser consultate dal Comitato per l'Occupazione, del quale peraltro non fanno parte. Il Comitato è un semplice «specchio» a livello centrale del mercato del lavoro nazionale e ha tutti compiti riguardanti funzioni propositive:

ha uno *status* consultivo per promuovere il coordinamento tra gli Stati membri sull'occupazione e la politica del mercato del lavoro;

effettua il monitoraggio sia della situazione che della politica dell'occupazione negli Stati membri e nell'Unione;

fatto salvo l'art. III-344, formula opinioni su richiesta o del Consiglio dei Ministri o della Commissione o di per propria iniziativa e contribuisce alla preparazione dei lavori del Consiglio dei Ministri di cui all'art. III-206.

21. — Anche nella Strategia europea per la Occupazione il ruolo dei vari attori appare concepito in modo contraddittorio, se si legge la rete di norme costituzionali che la riguardano (artt. III-203-208).

Infatti:

– il coordinamento delle strategie per l'occupazione e per la promozione di un mercato del lavoro efficiente appartiene sia all'Unione che agli Stati membri, secondo una corretta analisi per cui il completamento del mercato interno subisce le pressioni della globalizzazio-

(37) J. Kenner, *EU Employment law. From Rome to Amsterdam and beyond*, Hart, Oxford and Portland, Oregon, 2003, p. 388.

ne, della ristrutturazione delle società e dei settori, e della diversificazione dei mercati del lavoro nazionali e regionali;

– la procedura procede dal basso verso l'alto: l'occupazione è una questione di *interesse comune* degli Stati membri e dell'Unione, il cui compito è di definire una «strategia coordinata» per promuoverla e migliorare la qualità della propria forza-lavoro;

– il livello nazionale continua a essere il volano principale del settore e dei relativi successi mentre «l'Unione contribuirà a un alto livello di occupazione incoraggiando la cooperazione tra gli Stati membri e sostenendo e, se necessario, integrando i loro interventi». Ma nel farlo le loro competenze «saranno rispettate» (art. III-205, par. 1).

Un ultimo punto appare interessante, e cioè il riconoscimento da parte del diritto comunitario che a livello nazionale la responsabilità delle parti sociali è importante «tenuto conto delle prassi nazionali» (art. III-204), nella misura in cui la promozione della occupazione «è una materia di “interesse comune”» (art. III-204). Si tratta di una riaffermazione del ruolo storico svolto essenzialmente dai sindacati quali «titolari» della strategia del mercato del lavoro e controllori dei flussi e delle professionalità della manodopera.

La contraddizione appare stridente tra l'enfasi posta sul tema, l'omaggio reso alla tradizionale politica del sindacato di governo dell'impiego come essa si svolge nei sistemi nazionali e il suo scarso coinvolgimento a livello europeo. Ancor più stridente diventa per due motivi. In primo luogo, quando si osserva come Consiglio dell'UE sostenga che «L'efficace attuazione delle linee guida per l'occupazione richiede la partecipazione attiva delle parti sociali, in ogni momento, dalla definizione delle politiche alla loro attuazione» (38).

Un *secondo* motivo è l'emergere del modello dei *patti sociali*, diffuso nella maggior parte dei paesi europei dall'inizio degli anni novanta, con i quali si tenta di affrontare le questioni dell'occupazione e della competitività. Essi rappresentano un approccio innovativo alla strategia contrattuale tripartita o bipartita. Alcuni studi indicano che «con la Strategia europea per l'Occupazione c'è un processo di convergenza in una politica nazionale dell'occupazione [...] con una visione comune per l'applicazione di una filosofia di politiche attive del mercato del lavoro» (39).

(38) Decisione del Consiglio del 22 luglio 2003 sulle linee guida per le politiche dell'occupazione degli Stati membri, 2003/578/Ce, in *GUCE* 197, 5 agosto 2003.

(39) E. Leonard, P. Renan, «Jobs, jobs, jobs», *ambivalence of concerted change for employment in Europe*, Transfer, 4, 2004, p. 560.

22. — Nonostante questo apprezzamento delle responsabilità dell'autonomia collettiva l'Unione nega un ruolo più attivo delle parti sociali nel cosiddetto «metodo aperto di coordinamento» (M.A.C.) istituito nel 1997 e ora inserito nella Costituzione (artt. III-206-207-208). La loro posizione ausiliaria è descritta in termini di semplici doveri «di consultazione dei datori di lavoro e dei lavoratori» (art. III-208) presso il Comitato per l'Occupazione (art. III-208). Rispetto a un obiettivo qualificato che la comunità dovrebbe realizzare – la «piena occupazione» – il meccanismo per conseguirlo è estremamente fragile e privo di quella *partnership* sociale che potrebbe garantire un consenso sociale preventivo alle scelte europee. Infatti, le parti sociali diventano protagoniste alla fine dell'intera procedura del Metodo aperto di coordinamento. Esse non partecipano:

- né alla fase di adozione delle conclusioni da parte del Consiglio europeo;
- né alla fase di consultazione riguardante l'attuazione delle politiche nazionali per l'occupazione;
- né alla fase di adozione delle linee guida che gli Stati membri prenderanno in considerazione.

Sarebbe stato più in linea con le tradizioni dei sindacati nazionali e con le loro competenze – chiaramente previste nella procedura di consultazione *ex art.* III-211 – consentire a entrambi gli attori del mercato del lavoro di esser presenti, in modo più istituzionalizzato, al momento della decisione «sul possibile orientamento dell'intervento dell'Unione» (art. III-211, par. 2).

La mancanza di coraggio nel ridefinire l'apparato istituzionale del Metodo aperto di coordinamento si spiega tenendo presente diversi profili politici, quali la subordinazione delle linee guida per l'occupazione agli orientamenti monetari ed economici (Patto di Stabilità), la tendenza a raggiungere un compromesso forzato tra la gelosia e l'orgoglio dei *club* nazionali come soggetti che gestiscono il fattore lavoro e le opzioni centralistiche degli organi di governo sovranazionali.

I dibattiti più recenti a livello di Unione rivelano qual è il vero ostacolo da superare. Una comunicazione della Commissione (metà gennaio 2003) indica un'ampia gamma di priorità, ma non si stabiliscono dei nessi tra lavoro e protezione sociale. Secondo il parere di alcuni, la ragione è che «sembra che ciò che avrebbe dovuto condurre a un dibattito più ampio su una sana politica per l'occupazione e una sana politica

macro-economica sia sacrificato sull'altare dei rapporti di potere radicati tra i governi, tra i Ministri e nell'ambito della Commissione» (40).

23. — La delicatezza della materia è provata dal fatto che la discussione all'interno del Gruppo XI «Europa Sociale» non ha toccato l'integrità del modello istituito nel Consiglio europeo di Lisbona del 2000 e ha accolto con favore l'efficienza e l'utilità del metodo (par. 40). Le discussioni si sono focalizzate essenzialmente sull'inserimento nel Trattato di una disposizione orizzontale che definisce esattamente il Metodo aperto di coordinamento e le articolazioni della sua struttura, nonché la portata e i limiti della sua procedura (par. 43). Non è stato preso in esame il cambiamento del ruolo degli attori, nonostante sia stato posto l'accento su questo punto anche nella comunicazione della Commissione del settembre 2002 (41) ove si auspica, tra le priorità adottate al Consiglio europeo di Barcellona, «il rafforzamento del ruolo e delle competenze delle parti sociali nell'attuazione e nel monitoraggio delle linee guida» (42).

Ancora una volta, tra l'altro, sono queste ultime a essere considerate protagoniste delle Direttive per l'Occupazione del 2001 in relazione, ad esempio, al funzionamento di pilastri quali l'adattabilità delle imprese e dei loro dipendenti. L'agenda sociale adottata al vertice di Nizza (dicembre 2000) ribadisce l'invito alle parti sociali e agli Stati membri a notificare al Consiglio per gli Affari Sociali tutte le intese nazionali ed europee su materie come la scuola e la formazione nel quadro del Piano di Azione Nazionale e della Strategia europea.

L'attenzione dedicata nella Comunicazione della Commissione del settembre 2002 al ruolo delle parti sociali sembra volerle invitare in modo più pressante che in passato affinché assumano una responsabilità piena nella strategia per l'impiego.

24. — La storia passata delle linee guida per l'occupazione dimostra che la Commissione ha incoraggiato un coinvolgimento diretto dei poteri sociali, non solo a livello nazionale, per sostenerne i pilastri. Le pa-

(40) J. Pochet, *The European employment strategy at the crossroad*, in *Social developments in the European Union*, 2003, p. 87.

(41) Comunicazione della Commissione, *The European social dialogue, a force for innovation and change*, COM (2002) 341, definitivo; Comunicazione della Commissione, *Adapting and promoting the Social dialogue at Community level*, COM (1998) 322, definitivo.

(42) Consiglio europeo 2002, 10-11.

role impiegate riflettono un ondeggiamento semantico tra l'esitazione e la regressione, sottolineando così ancora la mancanza di un ruolo giuridicamente definito della autonomia collettiva. Da un lato, le parti sono *chiamate* a concludere un accordo quadro per la creazione di posti di lavoro dedicato alla formazione, alla pratica professionale, all'apprendistato (43) e d'altra parte sono anche *esortate* a concludere accordi rapidamente sulla modernizzazione dell'organizzazione del lavoro (44).

La Commissione ricorda che il Consiglio europeo di Santa Naria de Feira ha invitato imprese e sindacati «a impegnarsi in un ruolo più rilevante di programmazione, monitoraggio, e attuazione delle linee guida nell'occupazione (punto 7)» (45).

In questa prospettiva lessi «dovrebbero negoziare e concordare» il miglioramento della istruzione e della formazione permanente per gli adulti e «promuovere l'adattabilità dei lavoratori» (Allegato, lett. *b*). L'impegno deve collocarsi anche a livello europeo dove i soggetti collettivi sono invitati a definire il proprio contributo e a monitorare, incoraggiare e sostenere le iniziative intraprese a livello nazionale (punto C Allegato).

25. — *Una* prospettiva esplicita deriva in modo meno ambiguo quando la Commissione riconosce che «la *partnership* sociale a tutti i livelli opportuni è fondamentale per la modernizzazione dell'organizzazione del lavoro e per promuovere l'adattabilità delle imprese e dei lavoratori» (46).

Sembra chiaro che la intera strategia richieda un ampio coinvolgimento a livello istituzionale e un impegno specifico di tutti gli attori che si assumono la responsabilità sociale di governare e tutelare la cittadinanza sociale: una *governance* migliore è soprattutto quella sociale che chiede un contributo diretto alle «parti sociali e ai soggetti della società civile» (47).

Nella stessa ottica l'ultima Comunicazione della Commissione ha considerato la «*partnership* globale» che coinvolge le istituzioni dell'U-

(43) Linee guida della Commissione 1998 COM (97) 497, def., punto III-Occupabilità.

(44) COM (97) 676, def., 3 dicembre 1997.

(45) Linee guida della Commissione 2001 in COM (2000) 548, def., 6 settembre 2000.

(46) COM (2001) 512, def., 12 settembre 2001.

(47) COM (2002) 621, def., linea guida 4.

nione europea – comprese «le nostre parti sociali» (48) – nel progredire verso un obiettivo comune, ricordando chiaramente l'ottica costituzionale dell'art. I-3, par. 3: progresso sociale, piena occupazione ed economia di mercato sociale.

L'idea di fondo è quella di riattivare l'Agenda di Lisbona con nuova energia, concentrando tutti gli sforzi su due compiti: «la creazione di una crescita più forte e duratura, la creazione di posti di lavoro più numerosi e di migliore qualità» (49), da condurre con una *partnership* rinnovata.

Gli obiettivi sono ambiziosi e le intenzioni apprezzabili, se si tiene presente che è necessaria una ridefinizione di alcune caratteristiche del diritto del lavoro e delle istituzioni del mercato del lavoro: fare entrare nell'occupazione un maggior numero di persone, modernizzare i sistemi di tutela sociale, migliorare la capacità di adattamento dei lavoratori e la flessibilità del mercato del lavoro, investire in capitale umano attraverso la formazione e la professionalità.

Il meccanismo istituzionale è in mano alle parti sociali e agli Stati membri: la «nuova idea» è che la strategia debba essere portata avanti attraverso una *partnership* a cascata e decentrata tra gli Stati membri e l'Unione con il pieno coinvolgimento dei datori di lavoro e dei lavoratori dai livelli più alti a quelli periferici.

Ma nonostante le intenzioni dichiarate – sulle quali si è espressa nuovamente la Commissione nel suo programma strategico per il 2005-2009 (50) – sostenute dai valori indicati come basi ideologiche della propria riforma come la prosperità, la solidarietà e la sicurezza, il meccanismo istituzionale per dar slancio all'economia (crescita) e alla legislazione sul lavoro (occupazione) è ancora carente per quel che riguarda l'insediamento dei soggetti collettivi a livello sovranazionale.

L'impegno politico della Commissione è espresso chiaramente nell'idea che per garantire il raggiungimento degli obiettivi e per migliorare le riforme è necessario «coinvolgere [...] tutti i vari attori» *ai livelli nazionali* (51). Per quanto riguarda quello europeo la Commissione «ha il ruolo centrale di avviare la politica e di garantirne l'at-

(48) CEC, *Working together for growth and jobs-A new start for the Lisbon strategy*, COM (2005) 24, 2 febbraio 2005, p. 4.

(49) CEC, *Working together*, p. 8.

(50) COM (2005) 12, definitivo, *Europa 2010: A Partnership for European Renewal. Prosperity, Solidarity and Security*.

(51) CEC, *Working together*, p. 15.

tuazione, in stretta collaborazione con il Parlamento e il Consiglio, attingendo all'esperienza delle altre istituzioni quali l'ECOSOC e il Comitato delle regioni» (52).

Ma è proprio qui che le parti sociali sono assenti nelle fasi cruciali dell'intera procedura di elaborazione strategica e il loro ruolo consiste semplicemente nel «redigere il loro programma pluriennale di Lisbona per la crescita e l'occupazione utilizzando i poteri a loro concessi dal Trattato» (53).

VI. — *Il M.A.C., la politica sociale e le parti sociali* —

26. — Eppure, per quanto paradossale possa sembrare, la nuova cultura europea è espressa dall'ultima comunicazione della Commissione (54), dove si auspica un «cambiamento basato sul consenso sociale». Una riforma sostenibile richiede un investimento in «capitale politico» e uno sforzo volto a sviluppare istituzioni intelligenti ed efficienti, per cui è indispensabile una *partnership* genuina tra le parti sociali nazionali ed europee (55).

Questa pianificazione strategica comporta uno sforzo volto a risolvere i due problemi principali che ne condizionano fortemente il successo:

- a) la presenza di meccanismi istituzionali per costruire un sistema cooperativo e genuino di relazioni industriali a livello europeo;
- b) le competenze nel «campo della politica sociale» delle parti sociali europee nella nuova Costituzione.

Ai fini della presente analisi, i punti di partenza sono:

I) l'interesse comune dell'Unione e degli Stati membri, vale a dire gli obiettivi della politica sociale previsti dall'art. III-209 (*ex art.* 136):

- la promozione dell'occupazione;
- migliori condizioni di vita e di lavoro;
- una adeguata tutela sociale;
- il dialogo tra le parti sociali;
- lo sviluppo delle risorse umane;
- la lotta all'esclusione sociale;

II) l'idea che tutti i suddetti obiettivi possano essere raggiunti mediante «procedure previste nella Costituzione».

(52) CEC, *Working together*, p. 16.

(53) CEC, *Working together*, p. 32.

(54) COM (2004) 557, definitivo.

(55) COM (2004) 557, par. 2.4.

Queste ultime entrano nella Costituzione in eredità dei precedenti trattati, così come vi appaiono anche le competenze tra l'Unione europea e gli Stati nazionali e il ruolo (limitato) delle parti sociali. La gamma di questioni di politica sociale è vasta e tocca tutti gli aspetti del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, mentre l'occupazione – intesa come strategia di gestione del mercato del lavoro nella sua complessità – è stata oggetto di un'attenzione particolare in una diversa sezione della Costituzione come settore specifico (Sez. 1, Capitolo III). Quindi il diritto del lavoro e le relazioni industriali vivono in un contesto artificioso nel quale temi che hanno le stesse radici storiche e giuridiche in tutti i paesi europei sono trattati separatamente.

Ma i meccanismi istituzionali per promuovere la politica sociale previsti dal Testo costituzionale condividono la opinione che la politica sociale sia una questione di competenze condivise tra l'Unione europea e gli Stati nazionali (56).

27. — Infatti per conseguire gli obiettivi di politica sociale l'Unione europea «sostiene e integra» le attività nazionali attraverso:

– *leggi quadro o la legge* europea per incentivare la cooperazione tra gli Stati membri (migliorando la conoscenza, sviluppando gli scambi di informazioni e i migliori modelli di riferimento, promuovendo approcci innovativi e valutando le esperienze), cioè utilizzando il metodo aperto di coordinamento già previsto come metodo per sostenere la cooperazione nel campo dell'occupazione e del mercato del lavoro (art. III-207);

– *solo attraverso le leggi quadro europee per stabilire requisiti minimi* per la graduale attuazione delle questioni indicate all'art. III-210 che copre tutti gli aspetti del diritto del lavoro e delle relazioni industriali (dalla lettera *a* alla *i*).

È abbastanza singolare che in questa prospettiva gli attori sociali siano esclusi da una procedura di formazione di regole concernenti tutti gli argomenti importanti storicamente gestiti e regolati anche dai sindacati dei lavoratori e delle imprese.

Infatti, il motore esclusivo della procedura è la fonte di diritto europea e una funzione meramente ausiliaria è svolta dal Comitato economico e sociale che fornisce un semplice parere consultivo alla formazione di «leggi o leggi-quadro».

(56) E tutti i membri del Gruppo XI «ritenevano che le questioni sociali dovessero continuare a essere un ambito di competenza condivisa». Par. 27 della Convenzione n. 516/1/03.

La relazione definitiva del Gruppo di Lavoro XI sottolinea l'anomalia quando avverte che al metodo aperto di coordinamento si può ricorrere *soltanto*:

quando non è prevista alcuna competenza legislativa dell'Unione; in ambiti diversi da quelli in cui il coordinamento delle politiche nazionali è specificamente previsto dal Trattato dell'Unione europea (questioni economiche, art. 99, e occupazione, art. 128);

e in aree nelle quali esso è previsto nel Trattato sull'Unione europea ma non ne sono state stabilite modalità dettagliate (reti trans-europee (art. 155 Trattato CE), politica per le imprese (art. 157 Trattato C.E.) e ricerca e sviluppo tecnologico (art. 165 Trattato CE) (par. 41).

28. — Un'analisi più puntuale della relazione definitiva del Gruppo di Lavoro XI e del punto b) dell'art. III-210 può offrire una prospettiva piuttosto diversa e stimolare conclusioni diverse. Naturalmente, il Gruppo sottolinea:

– il *ruolo* del metodo aperto di coordinamento come strumento che «integra l'intervento legislativo da parte dell'Unione», ma «non lo sostituisce in nessun caso» (par. 43);

– *la sua natura*: il suo inserimento nella Costituzione come misura non legislativa (par. 42);

– *la sua funzione*: la necessità di dare trasparenza e democrazia alla sua struttura e di chiarirne la procedura designando gli attori e i loro rispettivi ruoli (par. 44).

Ma in due punti la bozza della relazione definitiva è piuttosto chiara nell'offrire spazi a un ruolo possibilmente più attivo delle parti sociali.

In primo luogo, in base all'opinione che il metodo aperto di coordinamento è uno strumento per conseguire gli obiettivi dell'Unione, esso può essere attuato laddove l'Unione non ha alcuna competenza legislativa e dove quella settoriale non è prevista dal Trattato o «laddove l'Unione ha la competenza solo per la definizione degli standard minimi, perché esso possa migliorarli» (par. 43).

In secondo luogo il Gruppo di lavoro si interessa della procedura di attuazione del metodo composta da: a) decisione degli Stati membri all'interno del Consiglio; b) conclusione del Consiglio europeo; c) iniziativa della Commissione europea; d) notifica del Parlamento europeo; e) consultazione dei parlamenti nazionali e degli enti locali e

(del) «le parti sociali quando il metodo aperto di coordinamento è applicato all'ambito sociale» (par. 45) (57).

Quest'ultima frase prospetta l'ipotesi che – secondo il Gruppo XI – il metodo aperto di coordinamento possa essere usato anche nell'ambito sociale, secondo quanto riflesso nell'art. III-210, par. 2 b), che specifica che il Consiglio «può stabilire, nell'ambito di cui al paragrafo 1, lettere *a-i*, mediante legge quadro europea, requisiti minimi...».

E vanno sottolineati, alla luce dell'attuale diritto comunitario:

a) l'ampiezza del panorama di argomenti su cui potrebbero pronunciarsi con efficacia i *partners* sociali, in cui sono compresi quasi tutti i temi del diritto del lavoro e delle relazioni industriali;

b) l'impiego di una specifica tipologia legislativa: *le leggi quadro*;

c) l'intensità delle norme, il loro valore come base per un ulteriore possibile aumento o incremento.

Se si vuole leggere l'art. III-210 alla luce della dichiarazione del Gruppo XI, ciò che è indicato dalla Costituzione è che il metodo aperto di coordinamento può solo cambiare *in melius* gli *standard* minimi, promuovendo *standard* più elevati in tutti gli argomenti di cui al par. 1, lett. *a-i*. Esso può operare in modo assolutamente libero negli ultimi due ambiti per i quali non sono previsti *standard* legislativi minimi: la lotta all'esclusione sociale (lett. *j*) e la modernizzazione dei sistemi di tutela sociale (lett. *k*).

VII. — *Il M.A.C. e il dialogo sociale* —

29. — È chiaro che il M.A.C. non può sostituirsi a tutti gli strumenti giuridici previsti dalla Costituzione (leggi europee e le leggi quadro, comprese quelle derivanti dagli accordi del dialogo sociale). Ma non significa che non si possano stabilire eventuali *legami* tra quest'ultimo e l'architettura del M.A.C. (direttive, indicatori, scambi di prassi, monitoraggio e valutazione dei piani nazionali), perché entrambi i meccanismi operano nello stesso campo della politica sociale, dove i sindacati e le imprese hanno interessi diretti: le relazioni industriali (diritto di associazione e contrattazione collettiva), le condizioni d'impiego (orario di lavoro, lavoro atipico) e i sistemi di *welfare*.

Questo è il motivo per il quale, in aggiunta, il Gruppo XI sull'Europa Sociale ha condiviso la opinione secondo cui il ruolo del-

(57) Nella bozza preliminare del rapporto del Gruppo di Lavoro WD 038, Rev. 1, il modello di tale clausola è stato presentato dal prof. Vandenbroucke, par. 13, p. 15.

le associazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro, già presente nei Trattati, «dovrebbe esser riconosciuto, agevolato e – per quanto possibile – migliorato con la sussidiarietà orizzontale». Esso ha anche auspicato (par. 66) che la loro presenza debba essere formalmente indicata e specificata nel Titolo VI della Costituzione. Ma quest'ultima indicazione non è stata seguita e l'art. III-390 prevede soltanto un eventuale ruolo consultivo delle parti sociali adombrato nella formula piuttosto vaga «gli organismi europei che sono rappresentativi dei vari settori economici e sociali». E niente di più.

30. — È però possibile ipotizzare due tipi di collegamento tra il M.A.C. e il dialogo sociale.

Il primo è di natura *sostanziale* nella misura in cui i processi e le misure del M.A.C. nel campo della politica sociale possano essere assunti ed espressi a contenuto di *accordi quadro derivanti dal dialogo sociale* al livello dell'U.E. (58), attuati a livello di Stati membri mediante la formula «secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri» (art. III-212 par. 2).

Il secondo, *procedurale-istituzionale*, è indicato dalla Comunicazione della Commissione (2004/557 definitiva) che «incoraggia le parti sociali a ricorrere maggiormente alle tecniche di *peer review* ispirate dal metodo aperto di coordinamento per dar seguito a questi testi, ad esempio fissando degli obiettivi (quantitativi, ove possibile) o *benchmarks* e riferendo regolarmente in merito ai progressi realizzati verso il loro raggiungimento» (par. 4.3).

31. — Sembra chiaro che gli accordi quadro appartengono alla categoria degli «accordi autonomi» privati – come gli Accordi quadro sul tele-lavoro del 2002, sullo *stress* dovuto al lavoro, e sulla patente europea del 2004 per gli autisti che effettuano servizi di trasporto internazionale. I contraenti sono legalmente responsabili dell'attuazione e del monitoraggio di tali accordi ed esercitano pressioni sui loro membri affinché li attuino. Infatti un accordo autonomo può anche riguardare disposizioni procedurali per cui i *partners* europei istituiscono un *peer committee* che esprime ai membri delle raccomandazioni per il *follow-up* e la valutazione regolare dei progressi fatti verso

(58) B. Bercusson, *The Charter of fundamental rights and Constitution of the European Union, A Commentary*, Etui, Bruxelles (di prossima pubblicazione).

il conseguimento degli obiettivi e la cooperazione con le autorità pubbliche. Tale accordo può contenere lo scambio di buoni modelli di riferimento e l'apprendimento reciproco e rappresentare una sorta di testo orientato a un processo che «contribuisce a preparare il terreno per la futura legislazione comunitaria» (59).

L'accento posto sull'autonomia del dialogo sociale di cui all'art. I-48 della Costituzione è sottolineato anche con la stessa intensità dalla Commissione, secondo cui «le parti sociali [...] hanno gettato le basi del dialogo sociale europeo, e sia la dimensione bipartita che quella tripartita si sono sviluppate in modo dinamico e innovativo» (60), riconoscendo inoltre l'immensa quantità di lavoro svolta dai vari comitati del dialogo sociale e il loro impegno in progetti congiunti transnazionali (par. 3.1).

32. — L'evoluzione descritta testimonia l'interesse della Commissione europea per una migliore *governance* a tutti i livelli, ivi compreso quello europeo che non avrebbe ragione di essere escluso. L'analisi è corretta, ma è in netto contrasto con la fragile rete normativa che dovrebbe sostenere un intervento efficiente e concreto dei datori di lavoro e dei lavoratori nella dimensione sovranazionale.

L'art. 137, par. 6, Trattato CE ancora resiste non essendo stato modificato dall'art. III-210, par. 6, del Testo costituzionale, anche se è stato, come era ovvio attendersi, al centro del dibattito nel Gruppo XI (par. 28). Le esclusioni dal processo di formazione della regolazione normativa previste dall'articolo, infatti, attengono alla qualità dei diritti interessati, di natura politico-sociale (diritto di associazione, diritto di sciopero e serrata) e di natura economica (retribuzione) in qualche modo strettamente legati alle caratteristiche dei sistemi nazionali ed europei di relazioni industriali. L'art. III-210 esclude esplicitamente l'adozione di misure per quei diritti utilizzando la procedura prevista nell'ambito dello stesso articolo. Ma non esclude la possibilità dell'adozione di misure ai sensi di altre disposizioni della Costituzione. L'articolo sembra limitare *solo* parzialmente la competenza dell'Unione europea sulla materia elencata, e niente esclude che un diverso insieme di regole possa essere impiegato. Come dichiarato dal Gruppo XI: «Sebbene l'art. 137 (5) del Trattato CE escluda l'a-

(59) COM (2004), Parte II, p. 16.

(60) COM (2004) 557, definitivo, Introduzione.

dozione di uno *standard* minimo uniforme per la retribuzione, esso non esclude la possibilità dell'adozione di misure in base ad altre disposizioni del Trattato, anche qualora esse incidano sulla retribuzione. Il risultato è che una serie di strumenti comunitari contengono disposizioni sulla retribuzione» (par. 28).

Un impatto rilevante sul punto potrebbe averlo la Carta dei diritti fondamentali inserita nella II Parte del Testo costituzionale. La natura del suo inserimento – l'incorporazione in un capitolo iniziale – e la qualità dei suoi diritti e principi testimoniano «lo *status* costituzionale» della Carta, come peraltro fortemente affermato nella bozza definitiva della relazione del Gruppo II (61), secondo cui: «un elemento costitutivo» centrale, quale è quello dei diritti fondamentali, «dovrebbe trovare una sua collocazione nel contesto costituzionale dell'Unione» (par. 1, p. 3).

È la natura di fonte primaria «costituzionale» della Carta a indurre conseguenze rilevanti sul piano sostanziale e interpretativo, nella misura in cui essa ristabilisce il primato del diritto comunitario sui sistemi giuridici degli Stati membri «esclusivamente nella attuazione del diritto dell'Unione» (art. II-111). In secondo luogo, essa richiede una lettura coordinata delle sue disposizioni – concernenti, cioè, il diritto del lavoro e le relazioni industriali – con la Parte I e II del Testo costituzionale ove sono espressi i valori, gli obiettivi, i principi e i diritti fondamentali.

L'Unione europea e gli Stati membri devono rispettare tutti i «diritti fondamentali», compresi quelli che riguardano il Titolo IV sulla Solidarietà.

Il Gruppo ha confermato che l'incorporazione non altera l'equilibrio delle competenze degli Stati membri dell'UE – come sottolineato peraltro nell'art. II-111 par. 2 –, ma ha affermato: «il fatto che certi diritti riguardano ambiti nei quali l'Unione non ha competenze o ne ha poche per poter intervenire non è una contraddizione all'inserimento, dato che, sebbene le competenze dell'Unione siano limitate, essa deve *rispettare* tutti i diritti fondamentali ovunque intervenga e quindi evitare di interferire indirettamente anche in quei diritti fondamentali rispetto ai quali non avrebbe la competenza legislativa» (par. 2, p. 5).

In linea di principio non si può escludere che l'Unione europea intervenga per affermare quei diritti di associazione e azione collettiva

(61) WD 025.

«se tali diritti non fossero sufficientemente attuati dai membri» (62). Una migliore soluzione è la cancellazione della disposizione che limita la portata dei poteri dell'Unione europea quale legislatore.

Attualmente un mezzo più appropriato potrebbe essere il dialogo sociale come strumento originario con cui realizzare una più efficiente consultazione e per attivare la sussidiarietà orizzontale.

In ogni caso, sembra chiaro che per consolidare il dialogo sociale e far decollare un genuino sistema di relazioni industriali a livello di Unione europea sia indispensabile la solida garanzia di diritti sindacali transnazionali.

Esistono molte e fondate ragioni perché tale riconoscimento costituisca un solido sostegno alla strategia negoziale e conflittuale dei *partners* sociali a tutti i livelli (v. par. 11). Esse sono legate anzitutto ai profondi mutamenti della economia e del sistema delle imprese su scala mondiale che condizionano oggi l'approccio delle imprese al conflitto industriale e in generale alle relazioni industriali. Nell'era della globalizzazione e della internazionalizzazione dei mercati gli imprenditori delocalizzano la loro produzione in differenti Stati e scorporano artificialmente le proprie imprese in un numero di micro-società distinte ma comunque collegate alla «casa-madre». Essi evitano in tal modo di aggirare le garanzie protettive del diritto del lavoro e le istituzioni di difesa degli interessi collettivi dei lavoratori (la rappresentanza aziendale, la contrattazione collettiva). In altri termini, la fisiologia mutevole dell'economia minaccia il codice genetico della solidarietà proprio del diritto del lavoro e della sua missione garantista.

Il diritto al conflitto, peraltro, è – sotto il profilo teorico – uno strumento politico nella misura in cui offre ai lavoratori una opportunità di partecipazione alla vita politica e sociale della comunità di appartenenza. E ciò è dimostrato da quei paesi dove il riconoscimento costituzionale della libertà e del diritto di sciopero è essenzialmente collegato a quello di associazione sindacale (63) ed è anche vero che il Comitato sulla libertà sindacale dell'I.L.O. ha stabilito che «una dichiarazione di illegalità dello sciopero nazionale, indetto contro un provvedimento di politica economica del governo che abbia conse-

(62) B. Bercusson, *The Charter*.

(63) A. Jacobs, *The law of strikes and lock outs*, in R. Blanpain, C. Engels (eds.), p. 585; R. B. Israel, *International labour standards: the case of freedom of strike*, Deventer, Kluwer, 1988, p. 26; T. Novitz, *International and European protection of the right to strike*, in OUP, Oxford, 2003, pp. 55-56.

guenze sul mondo del lavoro e dichiarare la proibizione del conflitto, costituisce una seria violazione della libertà di associazione» (64) .

Ma nella prospettiva del sistema di relazioni industriali l'arma del conflitto è coordinata non solo al procedimento di contrattazione collettiva ma più in generale a una finalità socio-politica più vasta: più ampi e intrecciati sono gli interessi implicati nel continuo processo della integrazione dei mercati più urgente appare la risposta sociale con strumenti giuridici adeguati che sorreggano il potere sindacale a tutti i livelli, specie a quello europeo. E sostengono gli osservatori: «C'è ampio spazio per il ricorso allo sciopero di solidarietà» (65), cioè a una azione di lotta di supporto ad altra proclamata contro un differente imprenditore. Ricorso che sarà tanto più legittimo in quanto esso sia riconosciuto anche come azione secondaria dagli ordinamenti giuridici dei singoli paesi. Il principio è stato chiaramente espresso dal Comitato degli esperti dell'I.L.O.: «Gli scioperi di solidarietà, che sono considerati leciti in alcuni paesi, stanno diventando sempre più frequenti a causa dei movimenti verso la concentrazione delle imprese, la globalizzazione della economia e la delocalizzazione della produzione». Mentre sembra necessario comunque precisare alcuni aspetti del fenomeno (la esatta definizione del concetto di sciopero di solidarietà; il collegamento con lo sciopero principale che giustifichi il ricorso a questa tipologia ecc.), il Comitato considera che la generale proibizione dello sciopero di solidarietà potrebbe indurre ad abusi e che i lavoratori possono intraprendere questa azione di lotta a condizione che lo sciopero iniziale sia considerato legittimo (66).

Ma è altrettanto vero che se lo sciopero può assumere il valore di espressione della democrazia diretta ed essere un delicato strumento politico, esso è tanto più efficiente quanto più amplia il suo raggio di influenza. Legislatori e giudici tentano di delineare i confini giuridici della quantità e qualità nazionale e internazionale del conflitto. Solo pochi Stati membri fanno specifico riferimento legislativo allo sciope-

(64) I.L.O., *Freedom of association: digest of decisions and principles of the freedom of association Committee of the governing body of I.L.O.*, IV revised ed., I.L.O., Geneva, 1996 d, par. 493.

(65) T. Novitz, p. 12.

(66) I.L.O., *Freedom of association and collective bargaining. General survey of the reports on the freedom of association and protection of the right to organise (Convention 1948, no. 87) and the rights to organise and collective bargaining (Convention 1949, n. 98), Report III* (part 4B, International Labour conference, Session 81, 1994, Geneva, 1994, par. 168).

ro internazionale e ai suoi requisiti di legittimità. La legge greca del 1882, n. 1264 – art. 19 (1) –, riconosce esplicitamente il diritto di sciopero di solidarietà quando sia proclamato anche a sostegno di lavoratori occupati in imprese o stabilimenti collocati all'estero ma appartenenti alla medesima società dei lavoratori solidarizzanti. Tuttavia, l'esito della controversia deve avere un immediato impatto sugli interessi economici e professionali dei lavoratori greci ed essere approvato da un numero rilevante di confederazioni sindacali (67). In Inghilterra, il *Trade Union and Labour Relations Consolidation Act* del 1992, dall'altro lato, riconosce che una controversia può essere legittima anche se essa si riferisce a materie oggetto di controversia al di fuori dei confini nazionali – Sec. 244 (3) –: il principio giuridico è che ricorra la condizione analoga a quella richiesta nel sistema greco, e cioè che i lavoratori inglesi siano «coinvolti» – con riferimento a uno o più temi specificati dalla legge, Sec. 244 (1) – nell'esito del conflitto principale. Ma, in aggiunta, il legislatore inglese richiede la presenza di una condizione più restrittiva, e cioè che sia i lavoratori inglesi che gli scioperanti nell'altro Stato «abbiano lo stesso imprenditore». È un requisito più severo nella misura in cui la legge inglese specifica che esso sia «l'imprenditore legato da un contratto di lavoro» – Sec. 224 (2) –, a differenza di quello riscontrabile in Grecia, ove si parla di «imprese controllate dalla stessa multinazionale» (68).

L'evoluzione del processo di integrazione economica sottolinea ulteriormente come la condizione richiesta dalla legge inglese («stesso imprenditore») appaia inadeguata a proteggere il conflitto moderno che, oggi, coinvolge quantità e qualità diverse di interessi, funzioni, identità e soggetti eterogenei (società europea, imprese transnazionali, *holdings* multinazionali, strategie multi-imprenditoriali, strutture contrattuali transnazionali, politiche e istituzioni del lavoro europee, come il dialogo sociale). Peraltro sembra non soddisfacente anche la formula della «comunità di interessi» tra lavoratori coinvolti, richie-

(67) Y. Kravaritou, Greece, *National Report*, in EUC (ed.), *The regulation of working conditions in the members states of the European Union*, EC, Luxembourg, Vol. II, 1998, p. 67.

(68) V. anche la decisione del Comitato sui diritti sociali del Consiglio d'Europa, secondo cui uno sciopero proclamato solo contro il «loro» imprenditore rende impossibile ai sindacati «iniziare un'azione di lotta, tra l'altro, contro la società che sia il vero imprenditore, ma che impieghi lavoratori attraverso una società intermediaria». Tale decisione è citata in P. Germanotta, T. Novitz, *Globalisation and the right to strike: the case of European level protection of secondary action*, in *IJCLIR*, 18/1, 2002, p. 73.

sta in alcuni paesi del sud Europa per la verifica della legittimità dello sciopero di solidarietà internazionale (69).

Certo è tuttora aperto il dilemma su come valutare i confini legali di un tale tipo di conflitto: se usare criteri nazionali o del paese estero o ambedue, come accade in qualche decisione giurisprudenziale in Svezia e Germania. Né sembra più attuale l'opinione secondo cui gli scioperi di solidarietà internazionale nei gruppi di impresa siano legittimi nella misura in cui non violino il dovere di pace sindacale contenuto nei contratti collettivi (70).

La formula della «affinità degli interessi» va letta alla luce della dimensione europea, includendo non solo la affinità economica, ma considerando che il valore della solidarietà va inteso oggi nell'ottica della Parte II della Costituzione. Qui il ventaglio dei valori è ampio e abbraccia tutti gli interessi socio-politici funzionali alla essenza del diritto del lavoro collettivo.

La risposta alla legittimità di *un'azione sindacale trans-nazionale a livello europeo* va cercata rifacendosi a tutti gli elementi che compongono la immagine di tale tipo di conflitto come coesistente a una nuova struttura delle relazioni industriali. Alla luce delle nuove istituzioni europee va letta la formula della affinità degli interessi che esse coinvolgono:

- a) il funzionamento e la vita dei Comitati aziendali europei;
- b) i problemi posti dalla Direttiva sui distacchi dei lavoratori;
- c) il funzionamento del dialogo sociale;
- d) lo sviluppo di contratti collettivi europei;
- e) la chiusura di stabilimenti a livello nazionale ed europeo;
- f) la crisi della impresa che riguardi lavoratori in una area ma con differenti collegamenti con altre zone collegate.

Le confederazioni internazionali ed europee hanno tentato di attivare un intervento dei poteri pubblici comunitari, anche contro il parere della U.N.I.C.E. (71).

Più di recente, nuovi collegamenti nel commercio internazionale attinente alla produzione e il *marketing* dei servizi di trasporto acquiscono

(69) N. Bruun, B. Veneziani, *The right or freedom to transnational industrial action in the European Union*, in Etui, *A legal framework for European industrial relations*, Etui, Bruxelles, 1999, p. 80.

(70) N. Bruun, B. Veneziani, p. 82.

(71) E.U. Directorate general for research, *strikes and secondary industrial action in the E.U. member states*, Working paper n. 8, E.U. Parliament, Luxembourg, 1995, p. 26.

la entità di questi problemi e offrono nuovi stimoli alla regolamentazione internazionale degli scioperi di solidarietà (72). È questa la ragione per cui la Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti ha svolto una campagna contro le navi con «bandiera di comodo» – che siano state registrate in paesi dotati di bassi *standard* protettivi dei dipendenti – affinché siano assicurate a tutti i lavoratori naviganti le condizioni minime stabilite nei contratti collettivi (73).

Altri due esempi vanno ricordati in proposito: i casi Viking (74) e Vaxholm (75) recitano la stessa lezione: imprenditori stranieri operanti in paesi ospiti impongono ai propri dipendenti *standard* minimi inferiori a quelli dei contratti collettivi del paese ospitante. Nel primo caso, la *Finnish Seamen's Union* ha proposto di proclamare uno sciopero contro una nave finlandese che naviga tra Finlandia e la Estonia battendo però bandiera estone per garantire *standard* di lavoro minimi inferiori al proprio equipaggio. Ciò facendo, ha causato la reazione della *International Transport Workers Federation* (ITF) che ha imposto ai suoi affiliati di non negoziare con la società Viking. Nel secondo caso, il sindacato svedese ha proclamato lo sciopero contro la affiliata svedese di azienda lettone che ha applicato alla propria manodopera importata in Svezia condizioni di lavoro inferiori a quelle svedesi.

Si tratta di esempi abbastanza chiari di *dumping* sociale e il paradosso è che in entrambi i casi lo sciopero è protetto come diritto dalle Costituzioni nazionali. La forza di questa garanzia corre il rischio di essere indebolita a livello europeo, anche se essa costituisce in tutti i paesi una parte essenziale della vita e vitalità dei poteri collettivi privati. Ma in entrambi i casi la cultura dei giudici di prima istanza è stata incapace di accettare la idea che il conflitto sia protetto oggi anche dal diritto europeo.

Ancora una volta due obiettivi del mercato comune entrano in rotta di collisione: la libera circolazione dei servizi (art. 49 T.C.E.) e il diritto di stabilimento (art. 43), da un lato, e gli obiettivi di politica sociale che garantiscono condizioni di lavoro e protezione sociale (art. 136), dall'al-

(72) J. Atleson, *The voyage of Neptun Jade, Transnational labour solidarity and the obstacle of domestic law*, in J. Conhagan, R. M. Fischl, K. Klare (eds.), *Labour law in an Era of globalization*, in OUP, Oxford, 2002, p. 379.

(73) P. Germanotta, T. Novitz, p. 69.

(74) *English High Court decision 16 June 2005 and England and Wales Court of Appeal (civil division), decision 7 September 2005.*

(75) *Swedish labour Court 19 april 2005, AD2005, 49, and reference for preliminary ruling from the Swedish Court to European Court of Justice, Case C-341/05.*

tro. Nei casi Albany, Brentiens e Drijvende Bokken, come in Pavlov e Van der Woude (76), le due opposte istituzioni del mercato erano la contrattazione collettiva e la concorrenza, e nella decisione della Corte di Giustizia è stata espressa la convinzione che la prima non rientri nella sfera della seconda e non ne sia limitata.

Ma i casi Viking e Vaxholm rappresentano l'inizio di una nuova storia: il contrasto è tra la libertà economica della impresa e il principio di solidarietà, un tipico nodo gordiano che i giudici nazionali non sono preparati a sciogliere, se non accettando la idea che il diritto di sciopero sia previsto da un ordinamento comunitario ove oggi circola una nuova cultura. La Carta di Strasburgo (art. 13) e quella di Nizza 2000 (ora Parte II della Costituzione), le convenzioni I.L.O. e la Carta sociale europea (1991-1996), anche se non tutte qualificabili come fonti giuridicamente vincolanti, sostengono il diritto di sciopero.

Il cd. Regolamento Monti ha tentato di proteggere la libera circolazione delle merci da possibili ostacoli frapposti da azioni di singoli individui, ma essa chiaramente riconosce che «non può essere interpretata come pregiudizievole all'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti negli Stati membri come il diritto o la libertà di sciopero» (art. 2) (77).

La norma non è sufficiente a conferire al diritto di sciopero transnazionale lo *status* di piena cittadinanza nel sistema europeo. Ma non si può escludere che in futuro possano ricorrere casi in cui i diritti di solidarietà sindacale siano direttamente coinvolti, così che il sindacato europeo ha proposto di inserire nell'art. 2 del regolamento una ultima frase: «Questi diritti possono includere anche il diritto o la libertà di sciopero garantiti dai sistemi nazionali di relazioni industriali» (78).

33. — L'idea emergente nell'ambiente europeo è che i poteri pubblici comunitari sono impegnati a «costruire il consenso» a livello di U.E., stimolando la stretta collaborazione tra i soggetti collettivi, migliorando il dialogo sociale «potenziando le sinergie tra i vari settori ol-

(76) C-67/96 Albany International; C-115-117 Brentjen; C-219/97 Drijvende Bokken; C-180-184/98 Pavlov; C-222/98 Van der Woude.

(77) Regolamento del Consiglio CE n. 2679/98 del 7 dicembre 1998 sul funzionamento del mercato interno in relazione alla circolazione delle merci tra gli Stati membri, OJ L337/8 del 12 dicembre 1998. V. anche S. Clauwaert, *International/transnational primary and secondary collective action*, Etui, Bruxelles, 2001, p. 9.

(78) S. Clauwaert, *ibidem*.

tre che tra i livelli settoriali e intersettoriali europei nei vari ambiti (formazione permanente, organizzazione del lavoro) o a livello di azienda (responsabilità ambientali) collegati ai temi dell'occupazione» (79). L'attuale modello delle relazioni industriali europee comprende un *mix* di *acquis* normativo formale (i Trattati e, oggi, la Costituzione) e informale (Costituzione materiale).

Attualmente un *mix* consolidato di strumenti è costituito da fonti diverse: legislazione, dialogo sociale, istituzioni tripartite, M.A.C., e una gran quantità di prassi non sempre formalizzate nelle quali i datori di lavoro e i lavoratori si occupano di un'ampia area di interessi.

L'intero insieme di diritti di informazione e partecipazione è stato garantito da leggi succedutesi secondo una sequenza storica significativa: la Direttiva sui consigli di azienda europei del 1994; la Direttiva dell'ottobre del 2001 sul coinvolgimento dei lavoratori nell'azienda europea, da leggersi insieme allo Statuto sulla società europea che contiene norme sul diritto societario; la Direttiva del marzo 2002 sulla informazione e la consultazione a livello nazionale.

Il modello legislativo ha una sua dinamica propria basata sui valori di fondo contenuti nella Carta di Nizza (80).

Il sistema materiale delle relazioni industriali è rappresentato dall'intera gamma di strumenti politici che rispecchiano tutti i meccanismi di dialogo sociale (opinioni congiunte, dichiarazioni, regolamenti, testi orientati a un processo, codici di condotta, orientamenti politici) espressi dal dinamismo autonomo delle parti sociali a tutti i livelli europei.

La debolezza del sistema è la carenza di un sostegno giuridico che rivitalizzi un vero contesto di relazioni industriali collettive radicate in principi normativi e diritti, rafforzati da sanzioni.

Forti radici giuridiche possono essere costituite dall'insieme di diritti sulla solidarietà e le relazioni industriali collettive contenute nella Carta di Nizza, che è al centro della nuova Costituzione. Attualmente è sorprendente la coesistenza di antinomie normative in uno stesso ordinamento giuridico: l'art. 210, par. 6, che vieta la promulgazione di leggi europee e leggi quadro sui diritti di associazione e gli articoli II-72 e 88 della Carta di Nizza che promuovono gli stessi diritti a livello costituzionale.

(79) COM (2004), 557, definitivo.

(80) M. Weiss, *The dynamic of the E.U. social model*, in Aa.Vv. *Work in global economy, Papers and Proceedings of International Symposium*, Tokio, 1°-3 dicembre 2003, Bit, Ginevra, p. 161.

Entrambi i diritti, infatti, si intendono applicabili «a tutti i livelli», cioè anche a livello di Unione, secondo quanto sostenuto anche nelle *Dichiarazioni relative a disposizioni della Costituzione allegata alla stessa, preparate* dal Presidio della Convenzione, anche se esse devono essere considerate un «mero strumento di interpretazione» e prive di forza giuridica vincolante. Vi si afferma che la sfera d'applicazione delle disposizioni dell'art. II-72 è «più ampia di quella della Convenzione europea sui diritti umani» dato che si applicano «“a tutti i livelli” [...] compreso quello europeo» (81).

La stessa argomentazione può essere utilizzata per sostenere il diritto all'azione e alla contrattazione collettiva in quanto diritti sindacali che compongono l'unità della solidarietà. I riferimenti «ai livelli opportuni» utilizzati sia nell'art. II-87 (informazione e consultazione) che nell'art. II-88 (azione e contrattazione collettiva) includono anche l'Unione. Le *Dichiarazioni* in proposito, nel sostenere questa interpretazione, ricordano «il notevole *acquis* dell'Unione» in entrambi i campi come è dimostrato dai testi normativi (82).

VIII — *Le sfide all'autonomia delle parti sociali* —

34. — La filosofia della promozione non trova uno sviluppo coerente, nella rete di disposizioni che riguardano il diritto del lavoro e le relazioni industriali, ai fini della completa attuazione della attuazione dell'art. I-48.

Il modello della «democrazia sociale» non viene incrementato in tutte le fasi dell'itinerario costituzionale, specie là dove sarebbe più logico coinvolgere le parti sociali nei settori di loro interesse, quali la politica macro-economica e sociale. Indagini internazionali e comparate dimostrano infatti quanto sia proficuo e diffuso il loro contributo ai massimi livelli nelle esperienze nazionali: tutte le organizzazioni sindacali hanno un'ampia esperienza negli organi tripartiti là dove in altre parole il processo decisionale è equamente condiviso tra tutti i protagonisti della concertazione (83). Inoltre, nonostante il peso di ipoteche politiche e qualche critica all'eccessivo formalismo «dopo un decennio di esperienza si può concludere che la consultazione tripar-

(81) CIG 87/04, Add 2, Rev. 2, p. 27.

(82) Art. III-211 e 212; Direttive n. 2002/14/Ce, n. 98/59/Ce, n. 2001/23/Ce, n. 94/45/Ce.

(83) Commissione U.E., *Industrial relations in Europe 2004*, in *Employment and social affairs*, Bruxelles, 2004, p. 51.

tita ha dimostrato che la sua esistenza è diventata una caratteristica costante» anche nei nuovi Stati membri (84).

La ricchezza di simili esperienze rende più evidente l'assenza di una regolazione specifica a livello costituzionale europeo ove peraltro, tra gli altri obiettivi del governo europeo, appaiono contemporaneamente, nella I Parte, la realizzazione di una «economia di mercato sociale, altamente competitiva» (art. I-3, par. 3) e, nella III Parte, «l'economia di mercato aperto» (art. III-177).

Nell'intero edificio costituzionale il contrasto tra le due norme è notevole, salvo non si sia inclini a pensare che la prima delle due norme costituisce una mera aspirazione e l'art. III-177 rispecchi la realtà effettiva dell'Unione. Ma se fosse così, è possibile spiegare perché gli attori sociali improvvisamente scompaiono dai settori nei quali hanno consistenti interessi nella misura in cui l'impatto delle scelte economiche sulle relazioni industriali è rilevante, considerato il nesso che lega le due aree – il Capitolo II (l'economia), e il Capitolo III (l'occupazione) – nello stesso Libro Costituzionale.

Sarebbe stato coerente con la *ratio* costituzionale proposta nella «Vita democratica dell'Unione», e cioè nel Titolo VI, Parte I, e in linea con una strategia politica simmetrica in tutte le parti dell'architettura normativa comunitaria, ove il ruolo degli attori collettivi risulterebbe proficuo:

– nella procedura di coordinamento della politica economica (art. III-178) e per l'occupazione (art. III-205);

– nelle consultazioni precedenti l'adozione di leggi e leggi-quadro europee (art. 111-210) riguardanti la creazione di misure di incoraggiamento della cooperazione tra gli Stati membri e nella iniziativa di proposta di leggi o leggi-quadro contenenti i requisiti minimi in tutte le materie delle relazioni industriali individuali e collettive;

– nelle consultazioni precedenti la formulazione di pareri della Commissione relativi alla politica sociale (art. III-213) e di leggi e leggi-quadro europee che adottino provvedimenti applicativi del principio delle pari opportunità e dell'uguaglianza di genere (art. III-214, par. 3);

– nelle consultazioni preventive la adozione di leggi o leggi-quadro europee sulla realizzazione degli obiettivi relativi alla formazione professionale (art. III-283, par. 3).

(84) Commissione U.E., *Industrial relations in Europe*, pp. 50 ss.

35. — Nonostante il consistente patrimonio di esperienze reali e l'*acquis communautaire*, la proclamazione enfatica dell'autonomia del dialogo sociale e l'impulso volto a realizzare un programma aggiornato di relazioni industriali collettive a livello europeo sembrano seriamente messi in discussione dall'*Accordo interistituzionale sul miglioramento della procedura di formazione legislativa tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione* (85). Esso appare una seria minaccia al conseguimento di una funzione regolativa delle parti sociali e allo stesso dialogo sociale nei loro sforzi di attivare un progetto politico per l'occupazione e le relazioni industriali in generale. L'impressione è che questa proposta ignori anche la presenza delle parti sociali nel normale processo legislativo in tema di politica sociale come prefigurato negli artt. III-210 e 211.

Inoltre, l'interazione tra i poteri sociali collettivi privati e le decisioni degli organi comunitari – ora considerata come una fonte normale di regolazione delle questioni sociali e di diritto del lavoro *a livello costituzionale* (art. III-210, *ex* 138 T.C.E., e art. III-211, *ex* art. 139 T.C.E.) – rappresenta, secondo questa stessa proposta, un'anomalia del normale processo legislativo (par. 3-15). Il dialogo sociale non è considerato un fattore di «miglioramento del coordinamento del processo legislativo» (par. 3-9). Le parti sociali sono ignorate in quanto possibili soggetti da consultare sia nella procedura di «consultazione pre-legislativa» (par. 26) che nella «scelta di strumenti legislativi e basi giuridiche» (parr. 12 e 14), a meno che non si pensi che una loro consultazione sia ammessa nella disposizione in cui la Commissione è obbligata, nel riferire al Parlamento europeo e al Consiglio in merito alla propria scelta legislativa, «a tener conto dei risultati di *qualsiasi consultazione*» (par. 12). In ogni caso, il motivo di questa logica è probabilmente dovuto all'idea che una presenza congiunta di potere pubblico e attori privati allo stesso «tavolo legislativo» costituisca un sistema eterodosso di produzione di norme giuridiche.

36. — Il dialogo sociale europeo e gli accordi raggiunti in base a esso sono classificati come «metodi alternativi di regolazione», che appartengono appunto alla sottocategoria della «co-regolazione e autoregolazione». In altre parole, il dialogo sociale (e il suo esito) sono come «fratelli separati» rispetto alla «normale» procedura di regolazione.

(85) Ratificato dal Consiglio, dalla Commissione e dal Parlamento europeo il 16 dicembre 2003, in *GUCE* n. C 321/1 del 31 dicembre 2003.

In particolare la minaccia al ruolo costituzionale del dialogo sociale è in quei punti dell'Accordo istituzionale che potenzialmente ne limitano l'autonomia attraverso alcune condizioni sostanziali poste al suo svolgimento e attengono:

– alla *procedura* (par. 17: «La Commissione garantirà che *qualsiasi uso* della co-regolazione e dell'autoregolazione sia sempre *in linea con* la legge comunitaria»);

– agli *attori* (lo stesso uso «deve rispettare i criteri di trasparenza (in particolare la pubblicazione degli accordi) e la rappresentatività delle parti coinvolte», par. 17);

– e infine ai *temi* trattati («questi meccanismi non valgono laddove sono in gioco i diritti fondamentali o le opzioni politiche importanti o in quelle situazioni in cui le norme si devono applicare uniformemente in tutti gli Stati membri», par. 17).

L'esclusione dei diritti fondamentali può essere comprensibile in ragione della qualità «costituzionale» del problema non sottoponibile a una procedura legislativa pubblico-privata. Ma meno comprensibile è la limitazione del dialogo sociale in occasione di «situazioni» e «opzioni politiche» «importanti» che richiedono «uniformità» di rispetto delle regole, se in esse sono coinvolti profili di politica sociale e del mercato del lavoro.

Infatti, entrambe le esclusioni richiedono un'interpretazione delicata e danno spazio a un potere discrezionale dell'organo politico sia nella negoziazione che nell'*iter* della co-regolazione, nella misura in cui l'art. 17 dell'Accordo aggiunge alle precedenti anche delle condizioni sostanziali per l'esito del dialogo sociale.

Quest'ultimo, infatti, deve:

a) «rappresentare un valore aggiunto di interesse generale»

e

b) «non incidere sui principi di concorrenza o unità del mercato interno».

Entrambe le condizioni si collocano in straordinaria controtendenza rispetto ai segnali che emergono alla superficie della nuova cultura europea della riforma delle relazioni industriali: l'approccio dell'Accordo interistituzionale è, infatti, diffidente rispetto al modello europeo di coinvolgimento delle parti sociali, che è così fortemente promosso dal potere pubblico europeo (la Commissione e il suo Rapporto sul gruppo di alto livello).

37. — Il principio dell'*interesse generale* e quello della *concorrenza* sono *idola tribus* della cultura giuridica della comunità, anche se la Corte di Giustizia europea ha affermato e descritto i contratti collettivi come un istituto del diritto del lavoro esente dalle norme comunitarie sulla concorrenza (86). Quei principi sono fortemente radicati nella struttura giuridica della comunità e richiedono una nuova e rafforzata tutela ai massimi livelli politici. Il timore della loro debolezza fa pensare a un sistema di controllo centralizzato che contraddice la tendenza della nuova Costituzione dove sono espressi chiaramente l'autonomia delle parti sociali e del dialogo sociale (artt. III-211 e 212) e i diritti sociali fondamentali (Carta di Nizza nella II Parte).

La co-regolazione è ancora un mezzo per realizzare il conseguimento degli obiettivi politici attraverso i soggetti privati (anche ma non esclusivamente alle parti sociali), i cui accordi devono rispettare le disposizioni stabilite agli articoli III-211 e 212. Ma questa *fiducia* in certe condizioni non esime il modello da tentazioni centralizzatrici che ne alterano la sostanziale autonomia. Lo dimostrano le previsioni dell'Accordo in cui è previsto che il Parlamento e il Consiglio controllino la procedura di co-regolazione attraverso (parr. 18-19):

– il potere discrezionale di decidere che l'atto legislativo può «includere una norma relativa a un periodo di dilazione di due mesi a seguito della notifica di una bozza di accordo al Parlamento e al Consiglio»;

– il potere discrezionale di proporre emendamenti in base al loro parere che l'accordo non rispetti gli obiettivi stabiliti dall'autorità legislativa;

– il potere discrezionale di opporsi all'entrata in vigore di quell'accordo;

– il potere discrezionale di chiedere, eventualmente, alla Commissione di presentare una proposta di atto legislativo.

Questo meccanismo distribuisce i poteri e le prerogative in base a una logica completamente diversa da quella accettata nel Trattato ed emendata dopo i vertici di Amsterdam e Nizza e ora inserita, con una leggera modifica, nella Costituzione. Il Parlamento europeo è il grande assente dalla rete di norme riguardanti il modello di co-regolazione e

(86) Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, vertenza C-67/96 con vertenze congiunte C-115/97, C-116/97 e C-117/97, 1999, E-CR I-5751.

non ha il potere di proporre emendamenti a un accordo od obiezioni alla sua entrata in vigore. La nuova Costituzione, dal canto suo, ha soltanto inserito una leggera modifica relativa alla previsione di un semplice diritto del Parlamento a essere informato della adozione da parte del Consiglio di norme e decisioni proposte dalla Commissione che attuino gli accordi conclusi a livello di Unione (art. III-212, par. 2).

È facile immaginare come il motivo della modifica sia il tentativo di colmare l'assenza dalla procedura democratica di questa forte fonte di legittimazione.

38. — La qualità del diritto e il suo contenuto – una semplice informazione – sottolinea la volontà dei padri fondatori della Costituzione di non incidere o alterare la natura volontaria insita nel meccanismo proposto agli articoli 138 e 139 T.C.E. Entrambi gli articoli mostrano il ruolo svolto dagli organi pubblici coinvolti nell'intera procedura essenzialmente nel aiutare le parti a prendere e «le misure idonee ad agevolare il loro dialogo garantendo un sostegno equilibrato alle parti» (ora art. III-211, par. 1). La Commissione non ha il potere di rifiutare di proporre l'accordo alla decisione del Consiglio, qualora ci sia stata una «richiesta congiunta» delle parti firmatarie. Non può presentare una «proposta alternativa di atto legislativo» adducendo come motivo che esso non «rispetta gli obiettivi stabiliti dall'autorità legislativa». La procedura proposta dalla Commissione nella sua Comunicazione del 1993 è più cauta nel rispetto delle iniziative delle parti sociali per conseguire gli accordi: «In virtù del suo ruolo di custode dei Trattati, la Commissione preparerà delle proposte da sottoporre alla decisione del Consiglio a seguito dell'esame dello *status* rappresentativo delle parti contraenti, del loro mandato e della "legalità" di ogni clausola del contratto collettivo in relazione alla legge comunitaria, e delle norme riguardanti le piccole e medie imprese di cui all'art. 138, 2, del Trattato CE. In ogni caso la Commissione intende redigere un *memorandum* esplicativo su ogni proposta presentata al Consiglio in questo ambito, esprimendo i propri commenti e una valutazione dell'accordo concluso dalle parti sociali. Dove ritiene di non dover presentare una proposta al Consiglio perché decida di attuare un accordo, la Commissione informerà immediatamente le parti firmatarie in merito al motivo della sua decisione» (87).

(87) Comunicazione della Commissione riguardante l'applicazione dell'Accordo sulla politica sociale, COM (93) 600, definitivo, 14 dicembre 1993, par. 39.

39. — Il testo parte dal presupposto che non ci sia una norma *giuridica* che autorizzi tale ruolo di sentinella del Trattato o una qualsiasi altra norma *giuridica* che sostenga la verifica del contenuto dell'accordo o il potere *autorizzato* di bloccare la procedura volontaria.

Altrimenti l'interazione tra gli organi pubblici e l'autonomia collettiva si sbilancerebbe verso una possibile riapertura del dialogo sociale a causa degli emendamenti proposti dal Parlamento europeo o dal Consiglio.

In base all'Accordo istituzionale il vero giudice del dialogo sociale è la Commissione, che potrebbe rifiutare o respingere gli accordi già conclusi e sostituirli con un atto legislativo. Inoltre lo stesso strumento può essere utilizzato dalla Commissione per intervenire a sostituire le pratiche o l'accordo, «su richiesta dell'autorità legislativa competente» (par. 23).

Più precisamente, la Comunicazione del 1993 dichiarava: «Qualora il Consiglio decida, in base alle procedure di cui all'ultimo sottocomma dell'art. 139, par. 2, del Trattato CE, di non attuare l'accordo concluso dalle parti sociali, la Commissione ritirerà la propria proposta di decisione ed esaminerà, alla luce del lavoro svolto, se sia opportuno uno strumento legislativo nell'ambito in questione» (88).

La proposta di Accordo interistituzionale cerca di trasformare oggi in norma di legge ciò che in passato era inteso essere un semplice giudizio di opportunità.

In base all'Accordo la Commissione è l'unica istituzione incaricata del grave compito di valutare le esperienze di autoregolazione «che considera [...] come contributo al conseguimento degli obiettivi del Trattato della Comunità europea e compatibili con le sue disposizioni» e di verificare se vi sia un «valore aggiunto degli impegni». Ma non basta, perché nei suoi compiti rientrano anche i profili strutturali degli accordi quali «la rappresentatività delle parti interessate, la copertura settoriale e geografica» (par. 23).

La proposta mi sembra un eccessivo contrappeso al processo di autoregolazione e consultazione concepito nella Costituzione come protetto dalle incursioni esterne nella sua struttura e nel suo dinamismo interni.

È abbastanza normale che le parti sociali abbiano fortemente affermato la propria intenzione di salvaguardare le prerogative conquistate nel corso della storia dei cambiamenti verificati nel sistema giuridico comunitario. Il loro *manifesto* può essere considerato il contributo con-

(88) Comunicazione della Commissione, 1993, par. 42.

giunto delle parti sociali al Consiglio europeo di Laeken (13 dicembre 2001) dove esse hanno unitamente e con forza ribadito il loro *ruolo specifico* nell'Europa di domani e il loro desiderio di «definire un programma di lavoro per un dialogo sociale più *autonomo*» (par. 1). La stessa cultura è stata sottolineata unilateralmente dall'U.N.I.C.E. sia nel suo commento alla nuova Costituzione (89) che nella sua reazione alla Comunicazione della Commissione 557 dove si ribadisce la convinzione che solo le parti sociali possono creare il dialogo sociale e che la Commissione è «dominata da una cultura eccessivamente amministrativa e interventista che contraddice la logica delle relazioni industriali» (90).

(89) U.N.I.C.E., *Treaty establishing a Constitution for Europe, Synthesis note*, Cap. V, p. 17, in <http://www.unice.org/content/Default.asp?PageID=84&ParentLayoutID=-525&LayoutID=542&IsChildPage=True>.

(90) U.N.I.C.E., *Prise de position de U.N.I.C.E. sur la Communication de la Commission sur le dialogue social du 12 août 2004*, parr. 2-4, in U.N.I.C.E., *The voice of business in Europe*, 25 novembre 2004 <http://www.unice.org/3/LCPDHPAD-GADAIDLHMHNFPFKMGPDBK9DPYBN93V71KM/U.N.I.C.E./docs/DLS/2004-02106-FR.pdf>.

Renato Greco (*)

IL MODELLO SOCIALE DELLA CARTA DI NIZZA

SOMMARIO: 1. Premessa: una rimediazione sui contenuti sociali della Carta dopo la crisi del processo di costituzionalizzazione. — 2. L'indivisibilità e l'equiordinazione dei diritti e le (marginali) competenze dell'Unione in materia sociale. — 3. Lavoro, diritti sociali e nuovi diritti nel modello sociale europeo. — 4. L'improbabile via giudiziaria al *welfare* europeo.

1. — *Premessa: una rimediazione sui contenuti sociali della Carta dopo la crisi del processo di costituzionalizzazione* — Le Costituzioni e le Carte dei diritti fondamentali hanno una singolare caratteristica: nel momento stesso in cui vengono alla luce assumono un significato che travalica il contenuto degli articoli che le compongono. Diventano la rappresentazione del progetto di vita di una comunità, dell'idea che la società ha di sé stessa, dei valori ai quali ancorare le proprie mete.

A questo destino non sembrava sottrarsi la Carta dei diritti fondamentali dell'Europa per la quale, al momento della sua proclamazione, in molti preconizzavano un ruolo e una funzione che sarebbero andati ben al di là della mera «ricognizione dei diritti vigenti a livello dell'Unione al fine di renderli manifesti» che il mandato di Colonia le assegnava.

Nelle attese più ottimistiche la Carta avrebbe portato a livello sovranazionale la tutela dei diritti fondamentali fra cui i *core labour rights* (1); avrebbe agito da volano per la costruzione di una Costituzione europea di cui avrebbe dovuto essere il cuore pulsante; avrebbe rappresentato il parametro privilegiato per una sorta di *judicial review* dell'intera trama

(*) Presidente della Sezione lavoro della Corte d'Appello di Catanzaro.

(1) Il profilo della tutela sovranazionale dei diritti fondamentali anche oltre l'esperienza della Unione europea è analizzato da F. Amato, *La tutela dei diritti fondamentali sociali e del lavoro nella globalizzazione dell'economia*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 4, 2006, nonché da G. Bronzini, *La dichiarazione del 1998 sui «core labour rights» e la rinascita dell'OIL*, in corso di pubblicazione in *Democrazia e Diritto*.

normativa europea e degli Stati membri; avrebbe costituito un momento di chiusura dei processi di *soft law* connessi alle pratiche di armonizzazione attraverso il metodo del coordinamento aperto.

Credo che possiamo convenire che questo auspicato «effetto fertilizzante» (2) della Carta non si è avuto. Le ragioni sono diverse, soprattutto d'ordine politico, sulle quali non occorre soffermarsi. Ritengo utile però una rinnovata riflessione sulla Carta di Nizza che, data per acquisita l'analisi di dettaglio dopo una letteratura sconfinata che ne ha vagliato ogni profilo, ne rimediti i contenuti sociali per verificare se ancora oggi nell'Europa allargata, in piena crisi del processo di costituzionalizzazione, possano costituire il nucleo forte di un modello sociale europeo condiviso.

Una riflessione su questo originale tentativo di introdurre la dimensione sociale in una Europa finora votata alla logica stretta delle regole economiche, a questo punto, va fatta senza la diffidenza di quanti si adagiano sulle rassicuranti certezze dei declinanti modelli giuridici del *welfare* nazionale del Novecento, ma anche con adeguata capacità critica, che non occulti le strutturali ambiguità non risolte nella ricerca di un compromesso assiologico tra i valori mercantili e i valori sociali presenti nell'ordinamento europeo.

Sarà sufficiente soffermarsi su tre aspetti: il valore che la Carta assegna ai diritti sociali e le relative competenze dell'Unione; quale modello di *welfare* è desumibile dal catalogo dei diritti della Carta e cosa sia possibile attendersi dalla via giudiziaria sul tema dell'Europa sociale.

2. — *L'indivisibilità e l'equiordinazione dei diritti e le (marginali) competenze dell'Unione in materia sociale* — Ritengo, come tanti altri del resto (3), che la maggiore portata innovativa della Carta consista non tanto nell'ampio ventaglio di diritti o nella inclusione dei diritti sociali nel

(2) G. Bronzini, *Il rilievo della Carta di Nizza nella crisi del processo di costituzionalizzazione europeo*, Relazione al convegno sul tema *Per una Europa costituzionale*, organizzato a Roma il 19 novembre 2005 dalla Fondazione Basso, in corso di pubblicazione su *Democrazia e Diritto*.

(3) M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini e G. Tiberi, *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004; S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in Aa.Vv. *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; S. Gambino, *Diritti fondamentali, costituzioni nazionali e trattati comunitari*, in S. Gambino (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006; F. Bano, *L'Europa sociale nel trattato costituzionale*, in q. *Riv.*, n. 4, 2005.

catalogo dei diritti fondamentali al pari dei diritti classici di libertà, quanto nella affermazione solenne del principio della indivisibilità e interdipendenza dei diritti di prima, seconda e terza generazione, raggruppati intorno ai valori fondamentali di dignità, libertà uguaglianza, solidarietà cittadinanza, giustizia, ossia, come rileva Stefano Giubboni, nella «equiordinazione attorno al valore centrale e unificante della dignità della persona dei diritti civili, politici, economici e sociali» (4).

Questa scelta non è neutrale né è una mera operazione di stile. Rappresenta una rilevante novità rispetto alle esperienze costituzionali continentali, in cui sono sempre convissute due diverse idee dei diritti. Una, espressione dei valori della borghesia, ne accentua il versante individualistico e sostiene il primato dei diritti di libertà; l'altra, frutto delle lotte del movimento operaio, colloca i diritti nel flusso delle relazioni sociali.

Questa distinzione non è mai venuta meno, neppure quando le costituzioni più avanzate del Novecento hanno incluso i diritti sociali nel catalogo dei diritti fondamentali, ed è alla base del sostanziale disconoscimento del valore precettivo dei diritti sociali, come dimostra il dibattito culturale che da oltre mezzo secolo accompagna le riflessioni sulla natura di tali diritti, considerati da alcuni (Jack Barbalet, David Held e Anthony Giddens) solo *conditional opportunities* poiché attributivi di aspettative di prestazioni e non giustiziabili, malgrado il loro statuto costituzionale, in contrapposizione alle note tesi di Thomas Marshall attorno a un concetto di cittadinanza fondato sulla equivalenza tra i diritti sociali e i diritti civili e politici (5).

Con la «ibridazione» della dimensione individuale e di quella sociale nel valore fondante della dignità della persona la Carta di Nizza segna il venir meno della priorità storica dei diritti liberali come fondamento per una graduazione di tutela giuridica. Tutti i diritti, sia quelli classici, civili e politici del costituzionalismo liberale che quelli sociali delle costituzioni del Novecento, partecipano, quindi, della

(4) S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, p. 137.

(5) Sul tema della cittadinanza è sufficiente ricordare la fondamentale raccolta di saggi a cura di D. Zolo, *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Bari, 1994, e *ivi* gli scritti di Ferrajoli, Rodotà, Zolo, Bellamy, Santoro, Vertova. Per un'ampia ricostruzione del ruolo dei diritti sociali nella nostra Costituzione e delle tecniche del giudizio costituzionale di bilanciamento tra diritti sociali, diritti economici e vincoli di bilancio, v. A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, 2006.

stessa natura e i valori della dignità della persona, della solidarietà, della giustizia sociale si sostanziano nella loro inscindibilità.

È questo un dato di valore straordinario che può costituire un fattore di identità collettiva anche per una Europa policentrica, pensata come «spazio identitario» (6), in cui ciascuno può acquisire un forte senso di appartenenza e che può consentire alle diversità europee di sentirsi, pur nella loro autonomia, vincolate a valori e *principi* comuni.

Detto questo non può non rilevarsi che nella Carta di Nizza a un sì alto enunciato non corrisponde ancora per i diritti sociali un livello di protezione comparabile con la tutela che l'ordinamento europeo fornisce ai diritti economici e di libertà.

I critici più intransigenti affermano che la Carta, operato il riconoscimento dei diritti sociali, ne consuma il distacco, li allontana da sé (7).

Lo proverebbero il fatto che molti enunciati concernenti i diritti sociali sono evanescenti e di scarsa incisività, l'improvvida distinzione tra diritti e *principi* introdotta nell'art. II-112, le spiegazioni della Carta fornite dal Presidium di cui si deve tener conto, e il frequente uso della formula «riconosce e rispetta» in luogo di «tutela», «assicura», «garantisce», «protegge», formule usate per gli altri diritti fondamentali; elementi tutti che dimostrerebbero che anche nella impostazione della Carta i diritti sociali difficilmente possono tradursi in un obbligo di risultato per l'Unione (8).

Non mi soffermo su tali critiche, alcune forse eccessive o di puro formalismo, ma che comunque colgono obiettivi elementi di debolezza nella codificazione dei diritti sociali. È vero, però, che in effetti i diritti sociali non si sottraggono alla strategia elusiva della loro effettività, che si realizza con l'uso di un lessico attentissimo a non implicare significati pregnanti dal punto di vista materiale che coinvolgano direttamente l'Unione europea verso obiettivi di trasformazione sociale. In questa ottica vanno lette le norme che puntualizzano che le disposizioni della

(6) A. Cantaro, *Europa: unita nella diversità*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2005, p. 44; dello stesso Autore, su questi temi, più ampiamente, v. *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Roma, 2006.

(7) G. Ferrara, *I diritti del lavoro e la costituzione economica italiana ed in Europa*, in www.costituzionalismo.it, 26 novembre 2005.

(8) Per questo tipo di rilievi critici v. A. Cantaro, *Europa sovrana*, Bari, 2003, pp. 109 ss.; G. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel «processo costituente europeo»*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2002, n. 1-2, pp. 29 ss.; M. Cartabia, *Commento all'art. 51 e Commento all'art. 53*, in R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001.

Carta di Nizza non estendono l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione né introducono competenze e compiti nuovi per l'Unione (art. II-111) e quelle che operano un pressoché costante rinvio alle legislazioni e alle prassi degli Stati membri per quasi tutti i diritti del Titolo IV (diritti di informazione, di negoziazione e collettivi, protezione sociale, salute ecc.), che, di fatto, assegnano sia ai diritti sociali di prestazione che ai diritti sociali del lavoro un valore e un livello di effettività che discende dalla discrezionalità del legislatore nazionale (o peggio dalle prassi nazionali). Se si considera che anche la fondamentale libertà di impresa «è riconosciuta conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali» (art. II-76) risulta evidente che la Carta afferma libertà e diritti ma non intende fornire alcuna indicazione circa la predeterminazione di limiti e vincoli da introdurre per le situazioni soggettive di vantaggio (9). Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali non è disciplinato a livello europeo neppure nelle linee essenziali, ma è affidato interamente al legislatore nazionale. La Carta, quindi, rileva Dieter Grimm, non costituisce i diritti sociali fondamentali come *higher law*, come prescrizioni di rango superiore imposte al legislatore nazionale attraverso direttive e limiti (10).

Così come sono formulati, i diritti sociali, secondo Paolo Ridola (11), assumono la veste di mere clausole di protezione contro gli atti dell'Unione che potrebbero ridurre lo *standard* di tutela già acquisito negli Stati membri ovvero, sull'altro versante, sono un freno per gli Stati membri che fossero tentati di ricorrere a forme di deregolazione competitiva, riducendo garanzie e diritti (12).

Niente di più: in questa ottica i diritti sociali giocano solo sulla difensiva rispetto a dinamiche economiche globali considerate irresistibili e irreversibili (13) e, di fatto, la dimensione sociale europea resta affida-

(9) U. De Siervo, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e costituzione nell'Unione europea*, Bologna, 2003, p. 266.

(10) D. Grimm, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in G. Zagrebelsky, *Diritti e costituzione...*, cit., pp. 10 ss.

(11) P. Ridola, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo*, in P. Costanzo (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, Genova, 2002, pp. 22 ss.

(12) O. De Schutter, *La garanzia dei diritti e principi sociali nella «Carta dei diritti fondamentali»*, in G. Zagrebelsky, *Diritti...*, cit., pp. 198-199.

(13) Va ricordato che anche i critici più intransigenti dell'economia globale, M. Hard e A. Negri, *Impero*, Milano, 2001, p. 13, partono dal presupposto che «il mer-

ta alle politiche nazionali. E del resto non può essere diversamente fintanto che l'Europa non decide di assumere una propria competenza in materia sociale, adottando un modello di *welfare* che attribuisca ai diritti sociali un ruolo attivo e di orientamento per le scelte economiche (14).

So bene che difficilmente una funzione propulsiva dell'Unione in materia sociale può configurarsi *tout court* con le tecniche regolative classiche del «costituzionalismo precettivo» degli Stati nazionali. Dopo il Trattato di Amsterdam, infatti, la politica dell'armonizzazione dell'ordinamento europeo attraverso direttive e strumenti tradizionali di *hard law* sembra esaurirsi a favore di una *governance* comunitaria fondata sulla *soft law* che si intreccia con il «metodo aperto di coordinamento», che dalle politiche per l'occupazione si allarga ad altri ambiti, ivi compresa l'inclusione sociale. Tuttavia non può sottovalutarsi il rischio che la mancanza di riferimenti precisi a strumenti di garanzia dei diritti sociali e del lavoro, che pur restano solennemente sanciti nella Carta di Nizza, e quindi «la coesistenza di due approcci regolativi (*hard law* e *soft law*) la cui interazione resta assolutamente indeterminata» (15), possa produrre, come ammonisce Stefano Giubboni, un «sostanziale dissolvimento del linguaggio dei diritti nelle acque della politica» (16). Non a caso Silvana Sciarra, non da ora, ha suggerito «un monitoraggio dello stato di attuazione dei diritti fondamentali negli ordinamenti nazionali» (17) come presupposto indispensabile della auspicata sinergia tra diritti sociali fondamentali e M.A.C. Il rischio che i diritti sociali possano essere relegati a un ruolo residuale, quasi un corpo estraneo rispetto alle politiche sociali attuate con la tecnica del coordinamento aperto, è enorme. Rischio tanto più elevato se gli Stati membri, alle cui legislazioni e prassi la Carta spesso affida l'effettività dei diritti, stretti dalle limitazioni e dai vincoli di spesa e di bilancio imposti dalla stessa Ue, si trovano nella impossibilità di garantirla.

cato mondiale capitalistico» determina «una irresistibile e irreversibile globalizzazione degli scambi economici e culturali».

(14) Sulla funzione di orientamento dei diritti sociali, v. D. Bifulco, *I diritti sociali nella prospettiva della mondializzazione*, in *Democrazia e Diritto*, n. 4. 2005, pp. 207-208.

(15) F. Bano, *L'Europa sociale...*, cit., p. 836.

(16) S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali nella «crisi» europea*, in *Working paper, CsMD*, n. 30/2004, p. 9.

(17) S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in *Working paper, CsMD*, n. 24/2003, p. 16.

Allo stato mi sembra di poter condividere la considerazione di Fabrizio Bano (18) secondo il quale la eterogeneità tra i paesi membri dell'*an* e del *quantum* di tutela dei diritti sociali resta un dato di struttura della dimensione sovranazionale che non viene messo in discussione dalla Carta di Nizza. Al *Bill of right* comunitario è solo affidato il compito di fissare diritti-parametro che consentono comunque agli Stati membri di preservare un legittimo grado di differenziazione degli ordinamenti interni e alle istituzioni comunitarie di controllare che la *regulatory competition* non degeneri in una corsa al ribasso delle tutele.

È già qualcosa, ma non sufficiente a superare la sostanziale impotenza dell'Europa in tema di effettività dei diritti sociali e del lavoro, che risulta ancora più evidente se si considera l'asimmetria degli strumenti a disposizione dell'Unione per imporre agli Stati membri il rispetto delle libertà di mercato e dei vincoli di spesa e quelli utilizzabili per imporre obiettivi di politica sociale, stante la non autonomia finanziaria dell'Unione e la inesistenza di un potere pubblico europeo che sia in grado di imporre il rispetto dei diritti sociali.

3. — *Lavoro, diritti sociali e nuovi diritti nel modello sociale europeo* — In molti hanno rilevato che il catalogo dei diritti fondamentali della Carta di Nizza si segnala tanto per la introduzione dei nuovi diritti sconosciuti alle costituzioni nazionali, quanto per le assenze che contribuiscono a definirne il modello di tutela.

L'assenza più rilevante e significativa, in quanto caratterizzante il modello di *welfare* europeo, è quella del più celebre dei diritti sociali, il diritto al lavoro, che nella Carta è sostituito dal diritto di lavorare e di cercare un lavoro (art. II-75). Questa formulazione, è stato notato, ha un significato diverso, in quanto espressione di un diritto di libertà da «irragionevoli limitazioni o barriere all'ingresso nel settore di lavoro prescelto» – e non di un diritto di prestazione – che nella sua «genericità e vaghezza» può essere considerato semplicemente «la pretesa che ciascun individuo può vantare nei confronti dei pubblici poteri e della collettività a che non vi siano interferenze nella sua sfera di libertà» (19). In tal

(18) F. Bano, *L'Europa sociale...*, cit., pp. 832-833.

(19) F. Salmoni, *Diritti sociali e Unione europea. Dall'ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Milano, 2005, vol III, p. 556; O. De Schutter, *La garanzia dei diritti...*, cit., p. 212; D. Grimm, *Diritti sociali fondamentali per l'Europa*, in Aa.Vv., *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma, 2002, pp. 12 ss.

modo, secondo i critici più severi, la Carta ignora totalmente la dimensione assunta dal lavoro nel costituzionalismo del Novecento, che alla duplice qualità del lavoro, inerente alla sua dimensione sociale e alla natura di indispensabile supporto del singolo, ha collegato la pienezza della cittadinanza, con non poche conseguenze sul piano delle trasformazioni di ordine sociale e politico (20).

La formula adottata dimostrerebbe che la garanzia del lavoro resta un obiettivo di competenza delle politiche nazionali, mentre il diritto di lavorare e di scelta della professione si collega meglio con l'obiettivo comunitario della *employability*, della promozione di una forza lavoro competente, qualificata e adattabile, così come specificato nell'art. III-203 del Trattato Comunitario, all'interno di politiche economiche in grado di assicurare a chi cerca lavoro uguali punti di partenza ma non di arrivo (21). In questa ottica l'occupazione, piena (come è negli obiettivi dell'Unione, punto 3 dell'art. I-3) o di elevato livello (come è detto invece nell'art. III-205), è una condizione auspicabile e una meta da raggiungere, ma non è qualificata dal significato antropologico e sociale che è possibile cogliere nella disciplina di alcune costituzioni nazionali.

Non mancano letture della Carta di segno opposto (22) che vedono nella complessiva disciplina del mercato del lavoro un impegno dell'Unione per il perseguimento della piena occupazione, all'interno del quale il diritto di lavorare e di scelta della professione assume un connotato ancora più dirompente del mero diritto al lavoro perché garantirebbe lo sviluppo delle capacità cognitive e creative del lavoratore del terzo millennio, al quale fra l'altro sarebbero garantite condizioni di lavoro giuste ed eque (II-91), da intendersi comprensive di una giusta retribuzione, una parvenza di *basic income*, riscontrabile nella formulazione dell'art. II-94 che mira a garantire un'esistenza dignitosa a coloro che non dispongono di risorse sufficienti.

Ma al di là di questi orientamenti che forse fanno dire alla Carta un po' di più di quanto essa non intenda dire, e che comunque ne offrono una interpretazione evolutiva da non trascurare, vorrei far notare che le censure circa la mancanza del «diritto al lavoro» nella Carta dei diritti, pur se fondate su un dato inoppugnabile, si limitano a traspor-

(20) G. Ferrara, *I diritti del lavoro e la costituzione...*, cit., nonché, diffusamente, A. Cantaro, *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, cit.

(21) A. Cantaro, *Europa sovrana*, cit., pp. 127 ss.

(22) G. Bronzini, *La Carta dei diritti e il modello sociale europeo*, in F. Petrangeli (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa?*, Roma, 2004, pp. 51-53.

re nei confronti della Carta dei diritti dell'Unione europea parametri di giudizio e categorie giuridiche validi per lo Stato sociale del Novecento, fondato sulle politiche keinesiane, sulla funzione assistenziale dello Stato nazionale, sulla grande impresa fordista, sul lavoro subordinato a tempo indeterminato attraverso cui si accedeva al regime delle tutele e si realizzava la dignità della persona.

Queste critiche colgono la pericolosa tendenza dell'ordinamento europeo ad «affidare di fatto alla economia sociale di mercato fortemente competitiva (art. I-3), quella tutela del lavoro e del salario che il costituzionalismo nazionale affidava agli Stati» (23). Tuttavia non considerano che l'Europa, volenti o nolenti, vive ormai nella logica dei processi economici e di mercato globali, che si muovono sul piano planetario quasi in tempo reale grazie alle nuove tecnologie, utilizzando categorie di tempo e di spazio del tutto diverse da quelle su cui si radicavano la territorialità della legge e la sovranità dello Stato nazionale nel governo dell'economia.

In questo contesto l'affermazione solenne anche sul piano europeo del «diritto al lavoro» non potrebbe che essere un dato simbolico e puramente formale, come del resto è diventata nelle costituzioni nazionali ove conserva la sua impotente purezza.

Se però si esamina con altra ottica il ventaglio dei diritti e il loro ambito di riferimento ci si avvede che la Carta di Nizza prospetta un diverso modello di *welfare*, non più «lavorocentrico».

La Carta intende offrire un sistema di tutele che punta all'*empowerment* e all'ampliamento dei margini di autonomia e di libertà del cittadino europeo non solo e non tanto nel mondo del lavoro, ma in tutti gli ambiti di una società aperta e dinamica, mirando alla protezione dai nuovi rischi sociali connessi alle tecnologie, alla biosfera, all'ambiente ecc. In questo contesto il diritto di lavorare e di scelta della professione e gli altri diritti connessi al lavoro (informazioni e consultazioni, negoziazioni e azioni collettive, tutela contro i licenziamenti ingiustificati ecc.) si affiancano ai tradizionali canoni di tutela sociale (sicurezza, salute, istruzione), alle norme poste a tutela di soggetti deboli spesso trascurati dalle costituzioni nazionali (minori, anziani, handicappati) e a quelle che sanciscono i moderni diritti di quarta o quinta generazione concernenti l'integrità psico-fisica, le pratiche eugenetiche, la clonazione, i dati di carattere personale, la tutela dei consumatori, la tutela dell'ambiente.

(23) G. Ferrara, *I diritti...*, cit.

Una tecnica di catalogazione probabilmente frammentaria e dispersiva (24), in cui fra l'altro si mescolano diritti, *principi*, valori, obiettivi, su cui non è il caso di soffermarsi, ma che denota comunque che la Carta di Nizza si muove nella direzione di un *active and dynamic welfare state* (accolto nelle conclusioni del vertice di Lisbona del 2003) per fronteggiare con strumenti di tutela adeguati quello che è stato definito un «grande processo storico di individualizzazione sviluppatosi nel cuore della modernizzazione dell'Europa» (25). Per questo esprime una cultura dei diritti che sembra più attenta a proteggere sfere di identità personale dalle minacce portate dallo sviluppo scientifico e tecnologico che a porre argini ai rischi connessi alle nuove cause di insicurezza della società europea; una cultura più sensibile ai diritti relativi alla qualità della vita che alla rimozione degli squilibri economico-sociali; una cultura più attenta alla protezione delle identità culturali che alle cause di conflittualità ancora persistenti (26).

Con questo modello dobbiamo misurarci e sono evidenti i pregi e i rischi che esso comporta.

Se da un lato individua, infatti, i nuovi rischi sociali della modernità e intende passare dal vecchio sistema di tutela del lavoro tipico e strutturato, che mostra i suoi limiti, a un più ampio sistema di tutela della cittadinanza sociale, dall'altro non coglie la dimensione economica della marginalità sociale; non comprende la correlazione tra l'allargamento degli spazi di libertà e l'effettività dei diritti.

Ne è riprova «l'asfittica attenzione all'uguaglianza formale dell'art. II-80 e ai soli profili del divieto di discriminazione» (27) e l'assenza di qualsiasi riferimento all'uguaglianza sostanziale, che non solo costituisce un arretramento rispetto ad alcune costituzioni nazionali come la nostra, ma che, attestata sulla dimensione individuale più che sociale, fa regredire il principio di uguaglianza allo stadio delle categorie strutturali proprie dello Stato liberale (28).

(24) G. Ruiz-Rico Ruiz, *Il catalogo dei diritti sociali nel trattato costituzionale dell'Unione europea*, in *Trattato che adotta...*, cit., pp. 107 ss.

(25) M. Paci, *Nuovi lavori, nuovo welfare. Sicurezza e libertà nella società attiva*, Bologna, 2005, p. 24. Su questi temi ampiamente, Z. Bauman, *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, Bologna, 2001.

(26) G. Arrigo, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2005, n. 2.

(27) S. Gambino, *Diritti fondamentali, costituzioni nazionali...*, cit., p. 483.

(28) F. Bilancia, *I diritti fondamentali e la loro effettività*, Relazione al convegno su *Costituzione europea, costituzione economica allargamento*, organizzato dall'Università di Teramo il 22-23 aprile 2005, in www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it.

Vi è da aggiungere che l'art. II-81, che specifica il principio di uguaglianza sul versante dei divieti di discriminazione, include fra i divieti le discriminazioni fondate sul patrimonio: a parte ogni altra considerazione sulle possibili interpretazioni (bisogna ricordare che nel corrispondente articolo della terza parte, III-124, il patrimonio non è incluso), la norma potrebbe frustrare ogni ipotesi di diritto diseguale che, come sappiamo, è uno degli strumenti regolativi più significativi attraverso cui si persegue l'uguaglianza sostanziale e si garantisce l'effettività dei diritti.

Alla crisi del sistema economico-sociale del *welfare* continentale e a quello che Robert Castel ha definito «lo sgretolamento della società del salario» la Carta risponde offrendo un ventaglio di diritti ampio e moderno. Ma accentuando il carattere neutro e individualizzato dei diritti elencati contribuisce a disgregare il legame sociale che il *welfare* del Novecento ancorava al valore unificante del lavoro e dei diritti sociali, senza offrire in alternativa una diversa qualità sociale del cittadino europeo e gli elementi di una nuova «antropologia giuridica» in grado di contrastare i processi di modernizzazione capitalistica. La tavola dei diritti della Carta di Nizza trasforma tutti i cittadini in potenziali «consumatori di diritti», ma non attribuisce loro alcun reale potere di incidere sulle condizioni di vita determinate da meccanismi economici e di mercato non governabili dalla politica e dal diritto e segnati sempre più da elementi immateriali legati alla conoscenza e al flusso delle informazioni.

Nel mercato globale e nel capitalismo cognitivo spesso la precarietà non è residuale od occasionale, ma elemento trasformatore dell'intero ciclo produttivo. In tali casi non esiste più sostanziale differenza tra occupazione e disoccupazione: esiste solo un lavoro intermittente più o meno precarizzato o specializzato. L'antica distinzione tra tempo di vita e tempo di lavoro si risolve, quindi, in quella tra vita retribuita e vita non retribuita, ci ricorda con insistenza Andrea Fumagalli, e ciò determina la forma precarizzata dell'esistenza che comincia a diffondersi nelle metropoli e nelle contrade dell'Unione (29).

(29) Sui temi del capitalismo cognitivo e della precarizzazione v. C. Vercellone (a cura di), *Capitalismo cognitivo*, Roma, 2006; A. Fumagalli, *No Made: produzione accumulazione, flessibilità e precarizzazione*, in www.proteo.rdcub.it, n. 2001-3; Idem, *Scambio di conoscenza e mercato del lavoro*, Relazione al convegno su *Lavoro cognitivo e produzione immateriale*, della Facoltà di economia dell'Università di Pavia del 8 aprile 2006, in corso di pubblicazione; Idem, *Per un nuovo welfare Keines non basta più*, in *il Manifesto* 20 novembre 2005; nonché F. Berardi (Bifo), *La fabbrica dell'infelicità*.

Se in tale contesto la forma tradizionale del lavoro e del salario non è più l'unica cui far riferimento, un moderno strumento giuridico protettivo non può limitarsi a offrire un più ampio ventaglio di diritti individuali di quarta o quinta generazione, ma dovrebbe anche affrontare apertamente la questione non più eludibile di un reddito di esistenza (o come lo si voglia chiamare) sganciato dai meccanismi produttivi, dal mercato e dal lavoro, magari unitamente a una politica dei beni comuni, siano essi quelli primari della terra che quelli immateriali della conoscenza e delle informazioni, nei termini in cui, forse un può utopisticamente ma certamente più coinvolgente, è prospettata nella Carta dei diritti dell'altra Europa discussa nel FSE di Atene (30).

Sotto tale aspetto la Carta di Nizza appare monca perché, nella prospettiva del superamento del modello sociale del Novecento verso un nuovo *welfare* individuale, l'assenza della garanzia di un reddito stabile e continuativo non consente l'auspicato sviluppo delle capacità creative e cognitive della persona, vanifica il diritto di scelta della prestazione lavorativa, rende impraticabile ogni ipotesi di *flexicurity*, mina l'effettività dei tanti diritti di vecchia e nuova generazione che la stessa Carta di Nizza mette a disposizione.

4. — *L'improbabile via giudiziaria al welfare europeo* — Alla approvazione della Carta dei diritti fondamentali erano affidate anche le speranze per il superamento dei limiti della tutela offerta dalla Corte di Giustizia, necessariamente occasionalista, in mancanza di un punto di riferimento positivizzato (31).

New economy e movimento del cognitariato, in *Derive Approdi*, Roma, 2001; J. Arriola L. Vasapollo, *L'uomo precario*, Milano, 2005.

(30) È doveroso ricordare che sul tema del reddito di cittadinanza la cultura giuridica, anche di sinistra, è tutt'altro che concorde. Alle tesi ormai classiche di chi auspica un reddito sociale garantito (v. Aa.Vv., *La democrazia del reddito universale*, Roma, 1997) si contrappongono quanti considerano l'argomento un'illusione o un diversivo o, peggio, uno strumento che favorisce l'offensiva verso ciò che resta delle garanzie del lavoro subordinato conquistate in un secolo di lotte, in un confronto che, alimentato da un recente ricerca finanziata dalla Regione Lazio (Aa.Vv., *Reddito garantito e nuovi diritti sociali*, Roma, 2006), divampa anche sulle pagine dei quotidiani (v. sul versante critico G. Vertova, *Le tante trappole del reddito garantito*, in *il Manifesto* 4 giugno 2006; R. Bellofiore e J. Halevi, *Reddito garantito fra illusione e diversivo*, in *il Manifesto* 11 luglio 2006).

(31) Sul punto v. le osservazioni di S. Gambino, *Diritti fondamentali...*, cit., p. 489, e anche M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in Aa.Vv., *La Costituzione europea, Annuario dell'A.I.C. 1999*, Padova, 2003, pp. 507 ss.

Pur in assenza della formale approvazione della Carta di Nizza ci si attendeva, comunque, che il valore simbolico della scrittura dei diritti avrebbe potuto cambiare di molto il carattere dei giudizi della Corte del Lussemburgo, perché la Carta arricchiva i *principi* a cui la Corte poteva far riferimento, e ciò avrebbe potuto condizionarne tanto l'argomentazione che i giudizi finali.

Questo effetto ancora non si è visto e, anzi, la Corte del Lussemburgo continua a non seguire i ripetuti richiami degli Avvocati generali che rilevano che la Carta, proprio in virtù della sua natura ricognitiva, non può essere ignorata nelle controversie che coinvolgono i diritti fondamentali perché «anziché sancire un diritto positivo gli attribuisce una qualità che deve guidare la sua interpretazione» (avv. Lèger, ud. 10 luglio 2001, causa 353/99). La Corte di Giustizia continua a omettere qualsiasi riferimento alla Carta (con poche e insignificanti eccezioni) decidendo sulla base del diritto europeo ricavabile da altre fonti e mantenendo un silenzio che Alfonso Celotto (32) definisce «impassibile» e quasi «provocatorio».

In effetti è non poco paradossale che proprio la Corte che ha avuto un ruolo determinante nella evoluzione e nella positivizzazione dei diritti fondamentali europei sia la più restia a far riferimento alla Carta di Nizza.

Ciò dipende senz'altro da un *self-restraint* più che comprensibile perché un maggiore sbilanciamento avrebbe potuto provocare reazioni di intolleranza, essendo inconcepibile che la massima autorità giurisdizionale europea attribuisca diretto valore vincolante alla Carta in contrasto con la volontà degli organi legislativi dell'Unione. Ma credo che la mancanza di qualsivoglia accenno alla Carta, neppure come parametro di riferimento nelle motivazioni della Corte, dipenda anche da altro.

Come è noto, dopo un iniziale periodo di totale chiusura nei confronti dei diritti fondamentali – allorché la Corte si preoccupava di garantire le quattro libertà fondamentali riconosciute dai Trattati (libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali), in quanto la Comunità europea era considerata esclusivamente un «organismo regolatore della vita economica» e i diritti potevano essere tutelati solo se funzionali agli scopi primari della Comunità europea –, la Corte di Giustizia ha svolto

(32) A. Celotto G. Pistorio, *L'efficacia giuridica della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in www.associazionedei-costituzionalisti.it, in corso di pubblicazione su *GI*.

un ruolo decisivo nel riconoscimento dei diritti fondamentali della persona che sono stati considerati «parte integrante del diritto comunitario di cui essa deve garantire l'osservanza» (sentenza Stauder 12 novembre 1969; sentenza Wachauff 13 luglio 1989), grazie all'intuizione di considerarli come «*principi* generali del diritto comunitario».

Se si restringe l'osservazione alle decisioni in materia di diritti sociali si nota, però, che le tecniche argomentative a tutela di questi diritti sono del tutto diverse. Una recente ricerca di Fiammetta Salmoni (33) dimostra come la Corte di Giustizia per quasi tutti i diritti sociali classici, come il diritto all'istruzione (sentenza Gravier 13 febbraio 1985), la tutela delle lavoratrici madri (sentenza Hofman 12 luglio 1984), il diritto al lavoro (sentenza Bosman 15 dicembre 1995; sentenza Kreil 11 gennaio 2000), il diritto a prestazioni sanitarie (sentenza Eurim-Pharm 5 febbraio 1991; sentenza Jimenez Melgar 4 novembre 2001), il diritto a ferie annuali retribuite (sentenza Bectu 26 giugno 2001), la tutela in tema di lavoro a termine (sentenza Mangold 22 novembre 2005), nella sua tecnica argomentativa è sempre ricorso, prima e dopo la proclamazione della Carta di Nizza, al principio di non discriminazione, e ha fatto discendere la tutela dei diritti sociali in via indiretta dal divieto di discriminazione in ragione del sesso o dell'età. In altri casi, paradossalmente, la tutela dei diritti sociali è stata ancorata al rispetto di una delle quattro libertà economiche, la libertà di circolazione, che sarebbe violata nel caso in cui il diritto alle ferie si riconoscesse solo a lavoratori che abbiano compiuto solo un periodo minimo di lavoro presso lo stesso datore (sentenza Bectu) ovvero se si subordinasse il rimborso delle spese mediche sostenute presso un altro Stato membro a un sistema di previa autorizzazione (sentenza Inizan 23 ottobre 2003) oppure se si subordinasse una prestazione sociale alla condizione di cittadinanza di uno Stato (sentenza Grzelczyk 20 settembre 2001).

In altri casi la tutela dei diritti sociali è costruita come eccezione al principio della libertà economica e, come tale, ammessa solo a condizioni restrittive. Così, ad esempio, nella sentenza Arblade del 23 novembre 1999 la tutela sociale dei lavoratori può costituire una ragione imperativa d'interesse generale della libera prestazione dei servizi «sempre che tale restrizione sia necessaria per proteggere effettivamente e con mezzi appropriati tale obiettivo sociale». Ancora nella sentenza Kohll del 28 aprile 1998 e in altre simili l'obiettivo di un servizio me-

(33) F. Salmoni, *Diritti sociali e Unione europea...*, cit., pp. 560-567.

dico e ospedaliero accessibile a tutti è un'esigenza degna di tutela nel diritto comunitario solo nella misura strettamente necessaria a evitare un rischio di grave minaccia all'equilibrio finanziario.

Sulla base di considerazioni analoghe è stato rilevato che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sui diritti sociali, anche dopo il Trattato di Amsterdam, ha confermato la «situazione limbrica» dei diritti sociali e la loro posizione di «meri diritti riflessi» (34).

In verità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia qualcosa sta mutando, come dimostra la fondamentale sentenza *Bectu*, in cui per la prima volta la Corte utilizza la locuzione diritto sociale, affermando esplicitamente l'esistenza di un diritto alle ferie di tutti i lavoratori dell'Unione che, in quanto costituito direttamente dal diritto comunitario, non lascia spazi di discrezionalità agli Stati membri. Inoltre in questa decisione la Corte giunge a effettuare un bilanciamento tra il diritto sociale e la libertà di impresa, risolvendolo in favore del primo, e in altri casi ha affermato che ostacoli al commercio infracomunitario sono ammissibili solo a condizione che siano giustificati per motivi di tutela sociale quale la salute pubblica (sentenza *Eurim-Pharm*).

Resta il fatto, comunque, che mentre non esita a far comparire i diritti civili e politici tra i «*principi* generali del diritto comunitario» la stessa Corte ancora non riconosce tale *status* ai diritti sociali.

Non considerando i diritti sociali come *principi* generali del diritto comunitario, ma diritti tutelabili solo in via indiretta, attraverso i divieti di discriminazione, la Corte non coglie neppure sul piano argomentativo la portata innovativa del principio della Carta di Nizza della indivisibilità dei diritti e della confluenza dei diritti sociali al pari dei diritti di libertà, civili e politici, nella determinazione della dignità della persona, che dovrebbe invece permeare di sé l'intero ordinamento comunitario. Il diverso fondamento sui cui la Corte di Giustizia fonda la sue pronunce di tutela per i diritti classici di libertà e per i diritti sociali non le consente di fondare sulla Carta di Nizza, al di là della sua formale efficacia, una nuova giurisprudenza che delinei un modello sociale europeo in cui diritti sociali e diritti di libertà concorrono su un piano di parità a definire la cittadinanza dell'Unione.

Finché la Corte di Giustizia interpreterà la sua funzione di «nomofilachia comunitaria» in materia di diritti sociali con tecniche argomen-

(34) M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione...*, cit., p. 530; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato...*, cit., pp. 234 ss.

tative che prescindono dai *principi* fondanti della Carta di Nizza difficilmente la via pretoria potrà supplire alla mancata formale efficacia della Carta dei diritti fondamentali. Ci si può certo attendere, come osserva Silvio Gambino (35), anche su questo terreno un rinnovato protagonismo dei giudici nazionali, sia nella fase ascendente mediante il ricorso al rinvio pregiudiziale che nella fase discendente mediante la disapplicazione del diritto interno, ovvero attraverso «l'interpretazione conforme». Ma gli spiragli sono molto stretti se si considerano le difficoltà che derivano dalla perdita di effettività della categoria del «previo parametro formale» e dalla necessità di dover ricorrere a un materiale normativo di diversa formazione e appartenente a culture diverse, fondato sui *principi* generali e regole aperte, indeterminate, dovendo il giudice radicare le proprie decisioni sulla categoria dell'interpretazione per valori o per *principi* (36). «Altro, infatti, come ha ricordato Onida, è dare la prevalenza a una specifica norma europea su quella nazionale contrastante per la risoluzione di un caso concreto, altro è negare applicazione a una norma nazionale per contrasto con un principio generale del diritto europeo» (37). E ciò pone non pochi problemi in relazione alla Carta di Nizza: un atto al quale non si è voluto dare efficacia formale e nei cui riguardi la Corte di Giustizia continua a mantenere un *self-restraint* che non può non pesare.

Ritengo non improbabile comunque che le idee della Carta dei diritti finiranno in qualche modo per imporsi nelle argomentazioni e nel lessico delle Corti, attesa la intrinseca capacità espansiva della forza dei diritti. Reputo illusorio però confidare che l'Europa sociale possa costruirsi per via procedurale esaltando il ruolo dell'interprete giudiziario.

Anzi temo che una insensata fiducia nell'autosufficienza del discorso giuridico ci possa esporre al pericolo di ulteriori cocenti delusioni.

Per il rilancio di un'Europa sociale – al punto in cui siamo – occorrono idee forti, ha scritto di recente Umberto Allegretti (38). Ne sono convinto anch'io. Una di queste potrebbe essere l'assunzione di una for-

(35) S. Gambino, *La Carta e le Corti Costituzionali. Controlimiti e protezione equivalente*, Relazione al convegno La Carta e le Corti, organizzato dalla Rappresentanza italiana della Commissione europea, Fondazione Basso e Magistratura Democratica a Roma il 28-29 aprile 2006, in corso di pubblicazione.

(36) F. Bilancia, *I diritti fondamentali e la loro effettività*, cit.

(37) V. Onida, *Il problema della giurisdizione*, in E. Paciotti (a cura di), *La Costituzione europea. Luci ed ombre*, Roma, 2003, p. 117.

(38) U. Allegretti, *Proposta per l'Europa*, in *Democrazia e Diritto*, 2005, n. 3, pp. 11 ss.

te iniziativa dell'Unione in materia sociale con la proposta di un modello sociale nel quale la società europea si riconosca e possa rappresentare sé stessa come società politica legata da una comune identità culturale e da un comune progetto di differenziazione. Ma non basta. Occorre anche che quei *principi* e quei valori della Carta dei diritti fondamentali, fondati sul valore centrale e unificante della dignità della persona, depurati dai limiti e dai vincoli con cui la stessa Carta li ha circondati, non alberghino solo nelle discussioni dei chierici e degli addetti ai lavori, ma vivano nelle pratiche sociali: le sole che, come ci insegna la storia del costituzionalismo sociale, riflettendone lo spirito, possono dar loro vitalità, contribuendo a dissolvere la percezione di ostilità che promana da una opinione pubblica che tende ancora a considerare l'Europa non come il baluardo del *welfare* ma come la scure per abatterlo.

SAGGI

Bruno Balletti (*)

LINEAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ SUL RAPPORTO DI LAVORO (**)

SOMMARIO: 1. Premessa sulla dimensione della produzione giurisprudenziale di legittimità e sui limiti connaturati all'indagine. — 2. Sulla natura del rapporto di lavoro. — 3. Sull'obbligo di fedeltà a carico del lavoratore. — 4. Sull'obbligo di sicurezza a carico del datore di lavoro. — 5. Sui limiti dello *ius variandi* a carico del datore di lavoro *ex art.* 2103 cod. civ. — 6. Sul potere disciplinare. — 7. *Segue*: Sul licenziamento disciplinare. — 8. Sul contratto di lavoro a termine. — 9. Sulle conseguenze del trasferimento di azienda per il rapporto di lavoro. — 10. Conclusioni.

1. — *Premessa sulla dimensione della produzione giurisprudenziale di legittimità e sui limiti connaturati all'indagine* — La disamina dei recenti lineamenti della giurisprudenza di legittimità sul rapporto di lavoro richiede una precisazione preliminare sulla situazione attuale della «fonte» della produzione giurisprudenziale e sulla «dimensione» di tale produzione.

La fonte o, più esattamente, l'organo di produzione è costituito dalla «Sezione lavoro della Corte di Cassazione»: dato questo scontatamente ovvio, ma che consente di rimarcare che la Sezione lavoro è – come si dice in gergo – fortemente, drammaticamente, «sotto-organico» con una diminuzione sempre crescente dei consiglieri che vi sono addetti: da 46 consiglieri costituenti l'organico 2000 si è passati a 41 nel 2002 fino al dato odierno che è di 23 consiglieri: quindi diminuzione drastica pari al 50% dei magistrati.

La produzione della Sezione lavoro – cioè il numero delle sentenze pronunciate – non è, però, diminuito nella medesima percentuale, anzi si è mantenuto sui precedenti livelli, in quanto nel 2002 le decisioni depositate sono state 6642 e nel 2005 erano 6411, per cui solo «grazie

(*) Consigliere della Corte di Cassazione *ex art.* 106 Cost.

(**) Questo saggio trae spunto dalla «Relazione» svolta il 31 marzo 2006 al Congresso organizzato a Roma dal Consiglio Nazionale Forense, con la precisazione che sono state aggiunte note essenziali.

al grande impegno e alla disponibilità dei magistrati tutti della Sezione» – così è scritto nella relazione del Presidente titolare della Sezione lavoro datata 16 gennaio 2006 – è stato possibile mantenere il precedente livello di «produzione» e, così, rispettare il precedente tempo di definizione dei ricorsi (normalmente rimasta a due anni dalla data del loro deposito).

Tutto questo non per «lodarsi addosso» o per lanciare un «grido d'allarme» – pure opportuno da pronunciare in tutte le possibili occasioni divulgative –, bensì per rimarcare che la «quantità» del lavoro a carico di ciascun consigliere (circa 260 sentenze all'anno) non è andato a discapito della «qualità», come può obiettivamente evincersi dalla disamina delle motivazioni delle decisioni spesso pubblicate *per estenso*, oltre che sulle riviste specializzate, sulle più importanti riviste generaliste (1).

Tale mole di lavoro (o, più precisamente, la necessità di far fronte «presto e bene» alla materiale stesura delle sentenze) ha, peraltro, determinato l'impossibilità contingente di una riflessione unitaria sul momento giurisprudenziale specie in relazione ad aspetti fondamentali del rapporto di lavoro, per cui appare opportuno evidenziarne i lineamenti contenuti *in nuce* nelle motivazioni anche per indicare i collegamenti di principio tra le varie decisioni talvolta su argomenti apparentemente molto diversi.

Tenendo presente ciò, può comprendersi che le indicazioni che verranno precisate al termine saranno, più che conclusioni, «spunti» o «cenni» da approfondire convenientemente nella trattazione particolare delle specifiche questioni.

È, altresì, da avvertire in questa premessa che la disamina si limiterà agli aspetti principali del rapporto individuale di lavoro, trascurando i profili – pure di rilevante interesse per le dimensioni (anche qui) «qualitative» e «quantitative» del materiale giurisprudenziale – attinenti al diritto sindacale, al diritto previdenziale, al diritto processuale del lavoro e al rapporto di pubblico impiego privatizzato.

2. — *Sulla natura del rapporto di lavoro* — Prima questione – che si può definire «classica» – è quella concernente l'instaurazione del rap-

(1) Sollecita un dialogo tra la giurisprudenza (specie di legittimità) e la dottrina la nuova rivista intitolata, appunto, «Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza» (*DDG*) al fine di riattivare il circuito tra «diritto "morto", che riposa nei ripiani di biblioteche cartacee sempre più obsolete, e il diritto "vivente", che lampeggia sugli schermi dei computers» (così nella presentazione di F. Carinci e B. Balletti, in *DDG*, 2004, p. 1).

porto di lavoro nelle diverse modalità e la definizione dei doveri fondamentali – oltre quelli essenziali della prestazione lavorativa e della retribuzione – a carico delle parti.

Sulla qualificazione del rapporto, la giurisprudenza ha da tempo, e reiteratamente, affermato che il rapporto di lavoro subordinato è caratterizzato dall'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo (da esercitarsi mediante ordini specifici e non con semplici direttive di carattere generale), organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, nonché dall'inserimento del prestatore nell'organizzazione aziendale da valutarsi con riferimento alla specificità dell'incarico conferito e alle modalità della relativa attuazione, laddove altri elementi (quali l'osservanza di un orario, l'assenza di rischio, la misura fissa della retribuzione) assumono natura meramente sussidiaria e non decisiva (2).

Tale generale orientamento, da tempo consolidato, trova recente peculiare specificazione nei casi cd. «di confine» concernenti la «subordinazione attenuata», cioè di quel tipo di subordinazione riferita ad attività lavorative con spiccato contenuto «intellettuale» che non richiedono alcuna organizzazione imprenditoriale, né postulano un'assunzione di rischio a carico dei lavoratori: in questi casi, dove l'eterodirezione si configura in forma attenuata, la più recente giurisprudenza si è discostata dal tradizionale indirizzo – che (come si è detto) individuava la soggezione al potere direttivo in presenza di precisi e continui ordini finalizzati a una costante attività di vigilanza e di controllo – nel senso che ha ritenuto sufficienti, in luogo di ordini specifici e continui, mere istruzioni «di massima» o «a campione» o, anche, direttive di ordine generale impartite in funzione dei programmi cui è destinata la prestazione lavorativa.

Così – sempre in difformità rispetto al «generale» orientamento in materia – si è ritenuto che i criteri complementari e sussidiari possano venire sostanzialmente valutati per qualificare i rapporti caratterizzati da una subordinazione «attenuata» per effetto, appunto, dell'elevato contenuto professionale tecnico e intellettuale dell'attività svolta oppure del suo espletamento fuori dai locali dell'impresa [così per il letturista dell'E.N.E.L. (3), per l'insegnante di scuola privata (4), per l'addetto stampa di un'azienda pubblicitaria (5), per il medico di guardia di u-

(2) Cass. 7 ottobre 2004, n. 20002, in *FI*, 2005, I, c. 2429.

(3) Cass. 29 marzo 2004, n. 6224, in *RIDL*, 2004, II, p. 748.

(4) Cass. 21 maggio 2003, n. 4770, in *FI*, 2003, I, c. 3325.

(5) Cass. 11 settembre 2003, n. 13375, in *FI*, 2003, I, c. 3321.

na casa di cura privata (6)]. Pure nell'ambito del filone giurisprudenziale sulla qualificazione del rapporto di lavoro a domicilio, di recente la Cassazione ha rimarcato la sussistenza della subordinazione «attenuata» nel caso di esercizio del potere direttivo datoriale anche in forza di direttive impartite inizialmente e una volta per tutte, purché espresse in modo tale da comprimere di fatto i margini di autonomia esecutiva del lavoratore a domicilio (7).

Riguardo, poi, all'elemento volontaristico la Corte (in una tendenza rivalutativa di tale elemento) ha precisato che – anche se la qualificazione del rapporto effettuato dalle parti al momento della stipulazione del contratto, pur potendo essere rilevante, non è certamente determinante (8) – quando un rapporto di lavoro nel suo concreto esplicitarsi presenti elementi e caratteristiche tali da essere compatibili sia con l'autonomia che con la subordinazione del lavoratore, il giudice deve fare riferimento, per un corretto inquadramento, alla volontà della parti, come espressasi sia nel momento genetico del rapporto, sia eventualmente nel momento successivo (9).

3. — *Sull'obbligo di fedeltà a carico del lavoratore* — Tra i doveri fondamentali a carico del lavoratore subordinato trova particolare accentuazione nella giurisprudenza di legittimità l'obbligo di fedeltà *ex art.* 2105 cod. civ., che viene collegato ai *principi* generali di correttezza e buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 cod. civ. imponendo al prestatore di tenere un comportamento leale nei confronti del proprio datore di lavoro e di astenersi da qualsiasi atto idoneo a nuocergli anche se solo potenzialmente (10).

È, così, accolta una nozione ampia dell'obbligo di fedeltà, tale da ricomprendervi, oltre ai comportamenti relativi ad attività concorrenziali espressamente vietati dall'art. 2105, anche quelli che comunque creino situazioni di contrasto con le finalità e gli interessi dell'impresa o che siano idonei a ledere il presupposto fiduciario del rapporto: sicché non

(6) Cass. 3 aprile 2000, n. 4036, in *CD-Rom Foro it.*, 1987-2000.

(7) Cass. 24 febbraio 2005, n. 3835, in *FI*, 2005, I, c. 2054.

(8) Cass. 5 aprile 2002, n. 4889, in *FI*, 2002, I, c. 2740.

(9) Cass. 21 aprile 2005, n. 8307, in *NGL*, 2005, p. 451. In dottrina v., soprattutto, G. Proia, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *ADL*, 2002, p. 87.

(10) Cass. 26 agosto 2003, n. 12485, in *MFI*, 2003, p. 1207. In dottrina v. A. Viscomi, *Diligenza a e prestazione di lavoro*, Torino, 1997; M. G. Mattarolo, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, Milano, 2000.

è necessario, per la violazione del divieto, che l'attività concorrenziale abbia già inferto danni al datore di lavoro, essendo sufficiente il solo pericolo; parimenti non è necessario che essa sia stata interamente dispiegata bastando pure il solo inizio. Si è, pertanto, ritenuto violato l'obbligo di concorrenza nel caso in cui il lavoratore, dipendente di un'impresa fornitrice, abbia stornato la merce da un rivenditore a un altro (11); oppure se il prestatore abbia concorso alla costituzione di una società concorrente (12) o vi abbia aderito (13) o l'abbia amministrata svolgendo contemporaneamente la stessa attività resa a favore dell'azienda datoriale (14). Ma – a parte la molteplicità, o meglio la multiformità, dei casi prospettati giudizialmente (15) – può sul punto indicarsi la recente prevalenza dell'indirizzo giurisprudenziale (16) secondo cui, ai fini della violazione dell'obbligo di fedeltà incombenente sul lavoratore, è sufficiente la mera preordinazione di una attività contraria agli interessi del datore di lavoro anche solo potenzialmente produttiva di danno: interpretazione estensiva dell'art. 2105 che evidenzia come la Corte abbia inquadrato il principio del *favor* per il lavoratore nell'ambito del principio generale di buona fede e correttezza contrattuali o, sostanzialmente, abbia limitato il primo principio rispetto al secondo.

4. — *Sull'obbligo di sicurezza a carico del datore di lavoro* — Sul versante (specularmente opposto) dei doveri fondamentali per il datore di lavoro la Cassazione ha, di recente, nuovamente valutato il contenuto dell'art. 2087 cod. civ., norma definita «in bianco» che pone a carico dell'imprenditore l'obbligo di sicurezza, per cui il lavoratore deve essere posto al riparo da ogni stato di pericolo derivante dall'attività lavorativa anche se tale pericolo è solo potenziale e derivi dall'ammissione delle misure di prevenzione.

In particolare l'obbligo di prevenzione *ex art. 2087* impone al datore di lavoro di adottare non solo le particolari misure tassativamente imposte dalla legge in relazione allo specifico tipo di attività esercitata e quelle generiche dettate dalla comune esperienza, ma anche tutte le

(11) Cass. 5 aprile 1990, n. 2822, in *NGL*, 1990, p. 741.

(12) Cass. 18 luglio 1987, n. 1711, in *NGL*, 1987, p. 585.

(13) Cass. 14 luglio 1981, n. 4622, in *MFI*, 1981, p. 945.

(14) Cass. 5 dicembre 1990, n. 11657, in *NGL*, 1991, p. 320.

(15) Ipotesi queste evidenziate, in motivazione, da Cass. 19 luglio 2004, n. 13394, in *NGL*, 2005, p. 106.

(16) Cass. 1° febbraio 2005, n. 1878, in *NGL*, 2005, p. 474.

altre misure che in concreto si rendano necessarie per la tutela del lavoro in base all'esperienza e alla tecnica, comprese quelle che possano proteggere i lavoratori da fattori esterni all'ambiente lavorativo, come le aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi (17).

Particolarmente interessanti appaiono due decisioni in merito alla questione relativa all'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 cod. civ. proposta dal lavoratore a fronte dell'inosservanza delle misure di sicurezza *ex art.* 2087: nelle relative fattispecie [si trattava – in un caso (18) – di un esattore presso un casello autostradale che nel periodo di due mesi aveva subito tre rapine a mano armata e che inutilmente aveva richiesto alla società di provvedere in modo adeguato mediante la blindatura del casello e – nell'altro caso (19) – di un addetto allo stivaggio di cartoni in un *container* costretto a lavorare in condizioni di estremo disagio per la fuoriuscita dai cartoni di materiale fisiologico infetto e maleodorante] i lavoratori si erano astenuti dalla prestazione lavorativa ed erano stati licenziati in via disciplinare dal datore di lavoro: provvedimenti espulsivi confermati dai giudici di merito in primo e secondo grado, ma «cassati con rinvio» dalla Cassazione che ha ritenuto che, ove una delle parti giustifichi il proprio inadempimento con il mancato adempimento dall'altra parte, il giudice ha il potere-dovere di valutare comparativamente i comportamenti delle parti non soltanto in relazione alla successione nel tempo delle inadempienze reciproche, ma anche in ordine ai rapporti di causalità e di proporzionalità tra le medesime inadempienze, allo scopo di accertare, in relazione alla funzione del contratto, se il comportamento di uno dei contraenti giustifichi il rifiuto dell'altro di effettuare la sua prestazione. In sostanza si è detto, a commento delle cennate decisioni (20), che la buona fede che legittima l'eccezione di inadempimento sussiste se e in quanto questo sia grave e il rifiuto della controprestazione sia informata a motivi corrispondenti all'obbligo di correttezza che l'art. 1175 impone alle parti in relazione alla tutela dell'interesse perseguito con la conclusione del contratto: per

(17) Cass. 23 maggio 2003, n. 8230, in *OGI*, 2003, I, p. 381, e Cass. 3 settembre 1997, n. 8422, in *NGL*, 1997, p. 744: decisioni entrambe relative a rapine ai danni di aziende bancarie.

(18) Cass. 7 novembre 2005, n. 21479, in *NGL*, 2005, p. 619.

(19) Cass. 9 maggio 2005, n. 9576, in *MGL*, 2005, p. 761.

(20) Pressappoco in questi termini nella «nota» a Cass. n. 21479/2005, e a Cass. n. 9576/2000, *citt.*, in *NGL*, 2005, p. 615. In dottrina v. L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997.

cui, in caso di non idonea adozione da parte del datore di lavoro delle misure adeguate *ex art.* 2087 a tutelare l'integrità fisica e le condizioni di salute dei propri dipendenti, il lavoratore ha la facoltà di astenersi dalle specifiche prestazioni la cui esecuzione possa arrecare pregiudizio alla sua salute.

5. — *Sui limiti dello ius variandi a carico del datore di lavoro ex art. 2103 cod. civ.*— Passando ora ad altri aspetti del rapporto di lavoro su cui la Corte si è pronunciata in modo significativo, è opportuno soffermarsi sulle questioni in materia di «mansioni» e, più in generale, sui limiti dello *ius variandi* del datore di lavoro *ex art.* 2103 cod. civ. (come novellato dall'art. 13 della legge n. 300/1970), al cui riguardo la Cassazione ha precisato che il divieto di variazioni *in peius* opera anche quando al lavoratore, nella formale equivalenza delle precedenti e delle nuove mansioni, siano assegnate di fatto mansioni sostanzialmente inferiori, sicché nell'indagine circa tale equivalenza non è sufficiente il riferimento in astratto al livello di categoria, ma è necessario accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente, salvaguardandone il livello professionale e garantendo lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali. A tale fine l'indagine deve essere volta a verificare i contenuti concreti dei compiti precedenti e di quelli nuovi allo scopo di formulare il giudizio di equivalenza da fondare sul complesso della contrattazione collettiva e dell'organizzazione-regolamentazione aziendale (cd. «organico»). In particolare, le nuove mansioni possono considerarsi equivalenti a quelle ultime effettivamente espletate soltanto ove risulti tutelato il patrimonio professionale del lavoratore, anche nel senso che la nuova collocazione gli consenta di utilizzare, e anzi di arricchire, il patrimonio professionale acquisito con lo svolgimento della precedente attività lavorativa in una prospettiva dinamica di valorizzazione della capacità di arricchimento del proprio bagaglio di conoscenze ed esperienze (21).

Si può, quindi, aggiungere a un giudizio di equivalenza (da definirsi) «statica» un giudizio di equivalenza «dinamica» nell'ambito di un orientamento affinato ed estensivo dell'art. 2103, che invece è stato interpretato in chiave restrittiva nella applicazione del comma 2 di tale norma – secondo cui «ogni patto contrario in tema di modifiche *in*

(21) Cass. 11 aprile 2005, n. 7351, in *NGL*, 2005, p. 635. In dottrina v. F. Liso, *La mobilità dei lavoratori in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.

peius delle mansioni è nullo» —: interpretazione ispirata al fine di tutelare il lavoratore il quale, per essere la parte più debole del rapporto, potrebbe essere indotto ad accettare accordi sfavorevoli incidenti sulla sua professionalità. Anche di recente la Corte ha ribadito che il diritto del lavoratore alla tutela della sua posizione professionale — garantito in modo *tranchant* dell'art. 13 Stat. lav. — deve trovare contemperamento con la tutela di altri interessi quale quello (in incisiva esemplificazione) alla conservazione del posto di lavoro (22). In tal senso, superando un iniziale indirizzo agganciato al dato letterale della norma, la Corte ha esattamente considerato che i «patti contrari nulli *ex art. 2103*» sono quelli che si pongono contro la volontà del lavoratore, e in suo danno, e non quelli finalizzati a evitare seriamente la perdita del posto di lavoro o altre situazioni pregiudizievoli sul piano esistenziale-lavorativo. L'onere della prova sulle condizioni di fatto che avrebbero giustificato il licenziamento grava sul datore di lavoro, come il fatto che la modifica sia intervenuta su richiesta e con il consenso del lavoratore, mentre grava sul lavoratore l'onere di provare il vizio che eventualmente abbia inficiato la volontà negoziale manifestata (errore, violenza, dolo).

6. — *Sul potere disciplinare* — L'aspetto del rapporto di lavoro subordinato sul quale si sono avute in sede di legittimità (a parte le controversie cd. «seriali») le decisioni più numerose, è stato quello concernente l'esercizio del potere disciplinare datoriale e, dal punto di vista della rilevanza esistenziale-lavorativa, quello relativo alle modalità del licenziamento disciplinare.

In merito ai requisiti essenziali del procedimento disciplinare la Corte ha rimarcato, anche di recente (23), che la contestazione degli addebiti, assolvendo allo scopo di consentire al lavoratore incolpato una immediata e adeguata difesa, non solo deve contenere la non equivoca manifestazione dell'intenzione del datore di lavoro di considerare gli addebiti come illecito disciplinare, ma deve anche rivestire il carattere della specificità, cioè deve contenere i dati e gli aspetti essenziali del fatto nella sua materialità in modo che, pur senza una precisa menzione delle norme legali o contrattuali che si assumono violate, sia consentita l'esatta individuazione della infrazione contestata e del comportamento nel quale il datore di lavoro ravvisi l'addebito disciplinare sanzionabile.

(22) Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375, in *MGL*, 2005, p. 481.

(23) Cass. 21 aprile 2005, n. 8305, in *MGL*, 2005, p. 634.

La funzione della previa contestazione dell'addebito è quella di permettere al dipendente accusato di indicare le sue giustificazioni e di fissare, con carattere di immutabilità, la condotta della quale è incolpato il lavoratore: per cui è stato ritenuto che la contestazione disciplinare correttamente intimata costituisce una garanzia procedimentale desumibile dal carattere generale del «giusto procedimento» ripetutamente riconosciuto dalla Corte Costituzionale come un principio di «civiltà giuridica» e sintetizzata nella prescrizione *audietur et altera pars* (24).

Circa la specificità della contestazione disciplinare la Corte di Cassazione ha ritenuto – nel particolare caso di non corretto ampliamento dell'addebito di essere stato il dipendente «autore del fatto incriminato» a quello di «avere omesso il controllo ovvero di non avere effettuato sufficienti indagini per accertare che fosse stato l'autore del fatto» – che un ampliamento della contestazione non è ammissibile perché argomentare il contrario significherebbe ammettere la legittimità di «contestazione *in progress*» o di «contestazione allusiva» rimettendo al giudice un compito che, lungi dal costituire esercizio istituzionale dei poteri di interpretazione della volontà negoziale, si tradurrebbe in una impropria integrazione, o correzione, della medesima (25).

In sostanza, costituisce onere esclusivo del soggetto che esercita il potere disciplinare quello di fornire, nella medesima contestazione, l'indicazione degli elementi di fatto che consentano di individuare il significato univoco dell'addebito, per cui la contestazione disciplinare non può ridursi ad allusioni, né a vaghi sospetti, dovendo essa piuttosto esprimersi con fatti precisi dai quali derivi la responsabilità dell'incolpato al fine precipuo di consentirgli, in piena trasparenza e lealtà (*id est*, secondo correttezza e buona fede), una idonea e piena difesa, attraverso un tempestivo contraddittorio aperto e senza sotterfugi nell'ambito dello stesso procedimento disciplinare (26).

La possibilità dell'intervento della Cassazione in materia si spiega nella considerazione che la verifica sulla correttezza dell'espletamento del procedimento disciplinare in tutte le sue fasi – in particolare quando sia collegato a giudizio di merito applicativo di «norme elastiche» – è soggetta sicuramente a controllo di legittimità al pari di ogni altro

(24) Corte Cost. 30 novembre 1982, n. 204, in *GC*, 1983, I, p. 15, con nota di G. Pera.

(25) Cass. 3 dicembre 2004, n. 22752, in *MFI*, 2004, p. 1950.

(26) Cass. 21 aprile 2005, n. 8305, cit.

giudizio fondato sulla violazione di una norma di legge: in quanto, nell'esprimere il giudizio di valore necessario per integrare una norma elastica (che, per la sua stessa struttura, si limita a indicare un parametro generale), il giudizio di merito compie una attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma medesima, per cui dà concretezza a quella parte mobile («elastica») della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla nel determinato contesto storico sociale, con la conseguenza che la valutazione di conformità dei giudizi di valore espressi dal giudice del merito – per la funzione integrativa delle norme che essi hanno delle norme giuridiche – spetta al giudice di legittimità nell'ambito della funzione nomofilattica che l'ordinamento affida alla Corte (27).

7. — Segue: *Sul licenziamento disciplinare* — Mediante la cennata modalità tecnico-processuale di intervento la Corte di Cassazione si è dovuta pronunciare in molte occasioni per valutare la legittimità di licenziamenti disciplinari e, nella disamina delle decisioni più recenti in materia, vale segnalare: *a)* la sentenza che ha dichiarato legittimo il licenziamento per giusta causa del dipendente, adibito a mansioni di supervisore dei lavori commessi in appalto dal proprio datore di lavoro, che aveva violato l'obbligo di fedeltà per non aver comunicato alla committente la compartecipazione di propri familiari alla società appaltatrice (28); *b)* la pronuncia anch'essa di convalida del licenziamento in tronco del lavoratore-guardia giurata per essersi addormentato durante l'orario di lavoro nella propria autovettura parcheggiata a circa trenta metri dall'edificio da custodire (29); *c)* la decisione che ha dichiarato legittimo il licenziamento disciplinare di un dipendente di una società telefonica per avere rivelato (spinto da disdicevoli motivi) a terzi i dati relativi a un utente di un telefono cellulare (30).

In questi casi, a parte le peculiarità delle fattispecie, la caratteristica comune da evidenziare è che l'inadempimento del lavoratore costi-

(27) In dottrina sull'applicazione delle norme elastiche e sul controllo delle clausole generali nel diritto del lavoro v., ora, E. Fabiani, *Orientamento della Cassazione sul controllo delle clausole generali con particolare riguardo alla giusta causa di licenziamento*, in *FI*, 2003, I, c. 1845, e, fondamentalmente, gli scritti in argomento di F. Roselli, su cui G. Gorla, *Presentando il libro di Roselli «Il controllo della cassazione sull'uso delle clausole generali»*, in *RDC*, 1984, II, p. 322.

(28) Cass. 4 aprile 2005, n. 6957, in *FI*, 2005, I, c. 2018.

(29) Cass. 23 marzo 2005, n. 6241, *ibidem*, I, c. 2023.

(30) Cass. 23 agosto 2004, n. 16628, *ibidem*, I, c. 2809.

tuate violazione dell'obbligo di fedeltà si configura anche quando il pregiudizio arrecato al datore di lavoro si limiti a un danno sostanzialmente potenziale.

In linea generale, peraltro, è stato ritenuto dalla Corte che, in caso di licenziamento individuale per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, il giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione all'illecito commesso si sostanzia nella valutazione della gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore in relazione al concreto rapporto e a tutte le circostanze del caso, dovendo tenersi in considerazione che l'inadempimento, ove provato dal datore di lavoro (in assolvimento dell'onere su di lui incombente *ex art. 5 della legge n. 604/1966*), deve essere valutato alla stregua precipua della specificazione in senso accentrativo a tutela del lavoratore rispetto alla regola generale della «non scarsa importanza» di cui all'art. 1455 cod. civ., sicché l'irrogazione della massima sanzione disciplinare risulta legittima solamente in presenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali ovvero di ogni comportamento idoneo a scuotere irrimediabilmente la fiducia del datore di lavoro (31).

Ulteriore questione dibattuta in giurisprudenza riguarda l'applicazione del principio della immediatezza della contestazione – cioè che la contestazione disciplinare debba avvenire in immediata connessione temporale con l'infrazione addebitata –: principio che trova il suo fondamento nell'art. 7 (commi 3 e 4) della legge n. 300/1970 che riconosce al lavoratore incolpato il diritto di difesa da garantire nella sua effettività [nel senso di una contestazione a immediato ridosso dei fatti addebitati in modo da consentire al prestatore l'allestimento del materiale difensivo (documentazione, testimonianze ecc.)] per contrastare nel modo possibilmente più efficace il contenuto delle accuse rivoltegli dal datore di lavoro – tutto ciò senza considerare il giusto «affidamento» del lavoratore, nel caso di ritardo della contestazione, che il fatto «incriminabile» possa non avere rivestito una connotazione «disciplinare» dato che l'esercizio del potere disciplinare non è per il datore di lavoro un obbligo, bensì una facoltà.

Anche su tale questione entra in gioco il principio della «buona fede» in quanto la Corte ha avvertito la necessità di usare – come chiave di lettura dell'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro [al quale l'ordinamento ha riconosciuto (nell'ambito di un rapporto pur sempre

(31) Cass. n. 8305/2005, cit.

contrattuale) la facoltà eccezionale di irrogare «pene private» alla controparte] – il principio, appunto, della «buona fede» al fine di evitare che sanzioni disciplinari irrogate senza consentire all'incolpato un effettivo diritto di difesa possano porsi sostanzialmente quale trasgressione *in re ipsa* della buona fede e, anche, della correttezza contrattuale (32).

Per tale ragione un recente orientamento della Suprema Corte (33) ha inteso svalutare l'estensione giudiziaria dell'applicazione della immediatezza «in senso relativo»: modalità di applicazione, questa, che in realtà viene a svuotare di efficacia il principio stesso per diventare una formula dissimulante un'arbitraria escogitazione certamente incompatibile con l'art. 7 e con l'esigenza di una razionale amministrazione dei rapporti contrattuali secondo «buona fede». Con questo la Corte non ha inteso certo statuire che in forza del principio dell'immediatezza la contestazione debba avvenire entro un termine «perentorio» non indicato dalla legge, ma ha ritenuto di stabilire che la discrezionalità del giudice, nel valutare il carattere della tempestività della contestazione, debba svolgersi nell'ambito dei presupposti alla base del principio dell'immediatezza, ossia del riconoscimento del pieno ed effettivo diritto di difesa garantito *ex lege* al lavoratore e del comportamento datoriale secondo correttezza e buona fede: con la conseguenza che, tra l'interesse del datore di prolungare le indagini senza un specifico motivo obiettivamente valido e il diritto del lavoratore a una effettiva difesa, sia accordata la prevalenza alla seconda posizione; così nel caso in cui il datore rinvi la contestazione al fine di utilizzare l'eventuale reiterazione dell'infrazione come elemento di maggiore gravità per l'irrogazione della sanzione; parimenti quando il datore, a causa di sue carenze organizzative o di sue colpose omissioni, ritardi indebitamente la contestazione disciplinare.

8. — *Sul contratto di lavoro a termine* — Si deve ora dar conto, sia pure *sintetico*, dei più recenti orientamenti giurisprudenziali della Cassazione in materia di «contratti a termine», per i quali all'erosione legislativa del tradizionale caposaldo della disciplina del contratto a termine – «la presunzione legale della durata indeterminata del rapporto» – la giurisprudenza di legittimità non ha assistito in maniera indifferente, in quanto sulla nuova normativa di legge caratterizzante la «sta-

(32) In dottrina, sul potere disciplinare, v. soprattutto di L. Montuschi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973, e, per peculiari approfondimenti, *Ancora sulla buona fede nel rapporto di lavoro*, in *ADL*, 1999, p. 723.

(33) Cass. 8 gennaio 2001, n. 150, in *RIDL*, 2001, II, p. 736.

gione della flessibilità» la Corte si è pronunciata adeguandosi al sostanziale mutamento prefigurato dalla «vecchia» legge n. 230/1962.

Al riguardo l'innovazione legislativa più rilevante è stata quella contenuta nella parte dell'art. 23 della legge n. 56/1987 che ha previsto che «l'apposizione di un termine della durata del contratto di lavoro è consentita nell'ipotesi individuata nei contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale [con l'aggiunta che] i contratti collettivi stabiliscono il numero in percentuale dei lavoratori che possono essere assunti con contratto di lavoro a termine rispetto al numero dei lavoratori impegnati a tempo indeterminato». Per l'applicazione di tale normativa è sorto un contenzioso di vaste dimensioni (si è parlato di circa 50.000 controversie) di dipendenti assunti dalla Poste con contratti a termine in relazione all'ipotesi individuata dall'accordo sindacale 25 settembre 1997, a integrazione dell'art. 8 del c.c.n.l. 26 novembre 1994, riferita alle «esigenze eccezionali conseguenti alla fase di ristrutturazione e rimodulazione degli assetti occupazionali in corso quale condizione per la trasformazione della natura giuridica dell'ente e in ragione della graduale introduzione di nuovi processi produttivi, di sperimentazione di nuovi servizi e in attesa dell'attuazione del progressivo e completo equilibrio sul territorio delle risorse umane» (34). Il cennato art. 23 ha rappresentato uno sviluppo, indubbiamente fortemente innovativo, del modello dei contratti a termine «autorizzati», per i quali, cioè, l'autorizzazione costituiva il presupposto necessario per la valida apposizione del termine di durata, già introdotto nell'ordinamento del d.l. n. 876/1977 (convertito nella legge n. 18/1978 con successive modificazioni), mediante l'attribuzione a un organo pubblico (l'Ispettorato del lavoro) del potere autorizzativo all'esito di accertamento presuntivo degli elementi della fattispecie normativa legata all'intensificazione dell'attività produttiva in determinati periodi dell'anno: sono state, così, create aree di lavoratori precari e stagionali nel mercato del lavoro interne all'impresa in funzione di integrazione ricorrente dell'organico normale.

Con l'art. 23, in forza della riserva all'autonomia sindacale dell'individuazione di ipotesi di contratti a termine ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge in generale, si è inteso creare un diverso sistema di controllo sulle modalità di utilizzazione dello strumento contrattuale,

(34) Sul cd. «caso Poste» v., specificamente, A. M. Perrino, *Contratto a termine: evoluzione normativa ed elaborazione giurisprudenziale*, in *FI*, 1999, I, c. 136.

parallelo e alternativo rispetto a quello della legge n. 18/1978, per cui, accanto all'area originaria del contratto a termine, per esigenze organizzative qualitativamente straordinarie, è stata prevista la possibilità di individuare un'area di impiego normale e ricorrente del tipo contrattuale, del quale risultava in parte modificata la funzione economico-sociale, restando la tutela affidata non più alle previsioni di norme generali, ma allo strumento «particolare» collettivo.

Sulla portata della delega alla contrattazione sindacale è sorto in giurisprudenza il problema interpretativo se il contratto a termine autorizzato dalla contrattazione collettiva costituisca un nuovo tipo contrattuale a sé stante – essendone mutata la funzione economico-sociale – e, come tale, interamente sottratto all'area di applicazione della normativa generale in materia: problema che può considerarsi definitivamente risolto dalla giurisprudenza della Corte nel senso dell'affermazione del principio di diritto, secondo cui la disposizione dell'art. 23 (che consente alla contrattazione collettiva di individuare nuove ipotesi di legittima apposizione di un termine al contratto individuale di lavoro) opera sul medesimo piano della disciplina generale e si inserisce nel sistema da questa delineato (35).

Consegue a questo principio di diritto che con l'applicazione di tale disposizione non ci si sottrae – nell'ipotesi di illegittimo uso della norma – alla sanzione della conversione del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato e che la stessa non deroga al principio dell'onere della prova a carico del datore di lavoro (36).

Il rinvio della legge alla contrattazione collettiva, per l'individuazione di ipotesi ulteriori rispetto a quelle già previste dalle norme richiamate dallo stesso art. 23, reca la precisazione del livello della stessa contrattazione, con esclusione di quella aziendale dei soggetti contrattuali («sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale»); ma nessun principio o criterio direttivo è stato contestualmente enunciato in ordine alle ipotesi di contratti a termine da individuare, prevedendosi soltanto che le stesse debbano essere «ulteriori» e, perciò, diverse rispetto a quelle già previste dalla legge.

La Corte ha, quindi, ritenuto che nella specie si sia trattato di una sorta di «delega in bianco» a favore dei sindacati che ne sono destinata-

(35) Cass., Ss.Uu., 19 ottobre 1993, n. 10343, in *MFI*, 1993, p. 947.

(36) Cass. 26 luglio 2004, n. 14011, in *NGL*, 2005, p. 91, In dottrina v. A. Vallebona, C. Pisani. *Il nuovo lavoro a termine*, Padova 2001.

ri da esercitarsi mediante la contrattazione collettiva e, soprattutto, che i sindacati non siano vincolati dall'individuazione di ipotesi comunque analoghe rispetto a quelle già previste dalla legge (37): si è così riconosciuto un eccezionale potere normativo ai sindacati in persuasiva – ma sulla cui compatibilità con l'art. 39 Cost. è dato dubitare! – applicazione della normativa di legge in materia.

9. — *Sulle conseguenze del trasferimento di azienda per il rapporto di lavoro* — Passando, infine, alla valutazione della giurisprudenza di legittimità sulle conseguenze derivanti al rapporto di lavoro dal trasferimento di azienda, si è detto che la relativa materia ha conosciuto «una sorta di terremoto normativo le cui scosse non sembrano avere mai fine» (38).

Di fronte a tale immagine sismica si può dire che la giurisprudenza di legittimità abbia «retto bene», così rispetto alle difficoltà connesse all'intersecazione della normativa nazionale con quella comunitaria.

Al riguardo, sulla nozione di trasferimento di azienda la Corte ha precisato che trasferimento di azienda si verifica ogni volta che venga ceduto un insieme di elementi costituenti un complesso organico e funzionalmente adeguati a conseguire lo scopo in vista del quale il loro coordinamento è stato posto in essere; è necessario e sufficiente, cioè, che venga ceduta un'entità economica ancora esistente, la cui gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare con le stesse o analoghe attività economiche, sicché può configurarsi come trasferimento di azienda anche la cessione di singole unità produttive della medesima azienda purché abbiano una propria autonomia organizzativa e funzionale, anche se una volta inserite nell'impresa cessionaria restino integrate e riorganizzate nella più ampia struttura di quest'ultima, dovendo il giudice accertare quale sia stato, secondo la volontà dei contraenti, l'oggetto specifico del contratto, e cioè se i beni ceduti siano stati considerati nella loro autonoma individualità o non piuttosto nella loro funzione unitaria e strumentale (39).

In alcune sentenze (40) è stato, poi, richiamato un orientamento della Corte di Giustizia Ce. secondo cui l'entità economica è da in-

(37) Cass. n. 14011/2005, cit.

(38) Così, incisivamente, R. Cosio, *Il trasferimento d'impresa: dal d. leg. n. 18/01 al patto per l'Italia*, in *FI*, 2002, I, c. 2280.

(39) Cass. 12 luglio 2002, n. 10193, in *MFI*, 2002, p. 734.

(40) Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, in *FI*, 2003, I, c. 104; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, *ibidem*, I, c. 103.

tendere come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria, che deve conservare, con il trasferimento «di parti di imprese o di stabilimenti» la propria identità. È stato, quindi, avvertito il pericolo che le operazioni di «esternalizzazione» – soprattutto se aventi a oggetto mere attività di servizi – potrebbero essere lo strumento per evitare il «costo» sociale, ma anche economico, di un licenziamento collettivo, con il conseguente ribaltamento della prospettiva tradizionale di tutela dei lavoratori; lavoratori sui quali andrebbe a cadere il rischio, nel medio periodo, dell'affidabilità del nuovo datore di lavoro, soprattutto in presenza della cessione di una parte soltanto del complesso aziendale rilevato da un soggetto legato al cedente da un contratto di committenza, per così dire, «governato» da quest'ultimo. Con riferimento alla fattispecie sottoposta al suo esame la Corte ha ritenuto che il ramo di azienda, per essere tale, deve avere una sua autonomia funzionale, nel senso che deve presentarsi come una specie di «piccola azienda» in grado di funzionare in modo autonomo e che non deve rappresentare, al contrario, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro; così che deve preesistere alla vicenda traslativa, nel senso che già prima di esso deve essere identificabile e idoneo a funzionare autonomamente, escludendo, quindi, che possa venire rimessa alla volontà dell'imprenditore l'unificazione di un complesso di beni (di per sé privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica volta a uno scopo unitario), al solo fine di renderlo oggetto di un contratto di cessione come ramo di azienda. Statuizione, questa, che è stata riaffermata nella sentenza (41), con cui la Cassazione ha rilevato che le direttive comunitarie in materia hanno sempre avuto il comune denominatore di richiedere l'esistenza di un insieme di mezzi organizzati che deve conservare con il trasferimento la propria identità: affermazione che nella giurisprudenza comunitaria si è andata consolidando come «diritto vivente» del quale anche il giudice nazionale deve tener conto, rimarcando in particolare che «non basta una mera e occasionale aggregazione di persone dipendenti all'interno di diverse e variegate strutture aziendali, ma occorre l'esistenza di un collegamento stabile e funzionale delle loro attività, costituito appunto dall'organizzazione, la quale costituisce perciò il legante, ovvero il valore aggiunto, al punto che, piuttosto che

(41) Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842, in *FI*, 2004, I, c. 1095.

parlare di trasferimento di azienda sembra più appropriato parlare di trasferimento di impresa (o ramo di impresa) rilevando il dato dinamico e funzionale come essenziale» (42).

Di conseguenza non sembra possibile – alla stregua della vigente normativa così come correttamente interpretata e applicata dalla giurisprudenza più recente – attribuire al datore di lavoro il potere di disporre unilateralmente in ordine alla disciplina «circolatoria» dei rapporti di lavoro (che, invece, l'art. 2112 cod. civ. ricollega necessariamente alla presenza di elementi oggettivi).

In particolare, è stato ribadito che l'art. 2112 cod. civ., anche nel testo anteriore alle modifiche di cui al d.lgs. n. 18/2001, pur non impedendo la cessione di singole funzioni o servizi (cd. esternalizzazione), impone che essi si presentino, prima del trasferimento, essenzialmente autonomi, essendo preclusa l'esternalizzazione come forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate fra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza del rapporto a un ramo di azienda già costituito (43).

Da ultimo – ma non nel senso dell'importanza della statuizione significativa dell'affinamento dell'orientamento della Corte in materia – è stato evidenziato che per valutare la sussistenza della legittima ipotesi di un trasferimento di azienda occorre considerare, oltre che l'aspetto «oggettivo» concernente la concreta idoneità dei beni trasferiti a consentire la prosecuzione dell'attività da parte della cessionaria, l'aspetto «soggettivo» relativo all'intenzione dei contraenti nel porre in essere la cessione aziendale. In questa valutazione deve tenersi conto della consultazione sindacale *ex* art. 47 della legge n. 428/1990 (modificativo dell'art. 2112 cod. civ.), per cui assumono rilevanza non solo gli interessi contrapposti delle tre parti individuali (e cioè alienante, acquirente e singolo lavoratore), ma anche la partecipazione dei sindacati nel contesto – per la fattispecie decisa dalla Corte (44) – di una situazione che la società cedente aveva ricondotto a un piano nazionale di dismissione del settore della commercializzazione degli autoveicoli, finalizzato a logiche di riacquisizione di efficienza, e nella quale la cessione aziendale avrebbe anche potuto evidenziare (in

(42) Cass. n. 19842/2003, cit.

(43) Così, espressamente, Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, cit.

(44) Cass. 12 luglio 2002, n. 10193, cit.

ipotesi) non già un accordo simulatorio, bensì un intento latamente sociale in relazione all'esigenza di salvaguardia dell'occupazione (45).

10. — *Conclusioni* — Dalla disamina compiuta sugli orientamenti giurisprudenziali riferiti a profili essenziali del rapporto di lavoro si evince che sono stati trascurati altri momenti della giurisprudenza di legittimità sicuramente importanti in relazione a decisioni della Corte su questioni di principio di pregnante interesse giuridico e socio-economico: così la recentissima sentenza delle Sezioni Unite (46) sull'onere della prova in materia dei requisiti dimensionali dell'azienda datoriale agli effetti del riconoscimento della stabilità reale del posto di lavoro; così la sentenza sempre delle Sezioni Unite (47) sul contenuto dell'obbligo del versamento dei contributi sindacali a carico del datore di lavoro; così le decisioni della Corte sul *mobbing* (48); così, sulle varie forme della contrattazione collettiva, la sentenza che — anticipando la recente *querelle* sul tipo «ideale» di contratto collettivo di lavoro (49) — ha precisato i limiti delle trattative sindacali su tavoli separati (50) e cosa debba intendersi effettivamente per contratto collettivo di lavoro (51).

Ma, pur confermando il rilevante interesse di questi argomenti, appare necessario indicare, a mo' di conclusione, i (definiti all'inizio) «punti» o «cenni» sugli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione che sono stati dianzi specificamente esaminati.

(45) Cass. 6 aprile 2006, n. 8017, inedita. In dottrina, sul rilievo del momento sindacale per la tutela della posizione individuale dei lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda, v. originalmente e bene, A. Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, Milano, 2004, spec. pp. 133 ss.

(46) Cass., Ss.Uu., 10 gennaio 2006, n. 141, in *FI*, 2006, I, c. 704, con note di D. Dalfino (*La prova del requisito dimensionale ex art. 18 legge 300/70 al vaglio delle sezioni unite*) e di A. Proto Pisani (*La prova del requisito dimensionale ex art. 18 legge 300/1970: un grand arrêt delle sezioni unite*), *ibidem*, rispettivamente, p. 708 e p. 710.

(47) Cass., Ss.Uu., 21 dicembre 2005, n. 28269, in *NGL*, 2006, p. 713.

(48) Di recente Cass. 23 maggio 2005, n. 6326, in *FI*, 2005, I, c. 3356, e, sul relativo aspetto giurisdizionale, Cass., Ss.Uu., n. 4 maggio 2004, n. 8438, *ibidem*, 2004, I, c. 1692.

(49) Il riferimento è alla «polemica Naccari/Alleva-Ichino» (così B. Caruso) che ha avuto quali interlocutori *via internet*, tra gli iscritti alla *labour list*, M. Barbera, B. Veneziani, F. Scarpelli, C. Clericetti.

(50) Cass. 14 febbraio 2004, n. 2857, in *MGL*, 2004, p. 338, con nota di F. Lunardon.

(51) Cass. 24 settembre 2004, n. 1927, in *MFI*, 2004, p. 1463.

In primo luogo, nell'attuale «stagione» del mondo del lavoro – definito della «flessibilità» o, in senso pragmaticamente (e realisticamente) negativo, del «precariato» – la Cassazione ha confermato la tendenza a conferire rilievo all'aspetto sostanziale del rapporto in relazione alla posizione reale delle parti (così per quanto concerne l'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 2103 cod. civ. e la valutazione della proporzionalità nel licenziamento disciplinare). L'elemento di novità rispetto a tale orientamento può evincersi dal maggior rilievo attribuito al principio di correttezza e buona fede che ha consentito alla Corte di modificare in sede interpretativa precedenti indirizzi giurisprudenziali, come, ad esempio: per come debba essere inteso effettivamente il carattere dell'immediatezza nella contestazione disciplinare, per come debbano essere valutate le nuove forme di subordinazione «attenuata», per come debbano essere considerati l'obbligo di fedeltà a carico del lavoratore e il dovere di sicurezza a carico del datore di lavoro nel caso di legittimo inadempimento del lavoratore a eseguire una prestazione «insicura».

Ma la tendenza più interessante riguarda il rilievo che la Cassazione conferisce al momento sindacale con riferimento sempre – occorre precisarlo trattandosi di «giudice di legittimità» – a prescrizioni normative fornite dal legislatore (in gergo sportivo si direbbe di *assist*): in questo senso riveste significativa importanza la delega (definita dalla Corte «in bianco») al sindacato di prevedere nuove forme di contratto a termine, così il riferimento alla consultazione sindacale per evitare che il progettato trasferimento di azienda non si riduca a un *escamotage* in frode alla normativa nazionale e comunitaria.

Nell'ambito di tale tendenza assume massima importanza, per comprendere esattamente l'orientamento giurisprudenziale in materia, l'intervento della Corte in tema di «pubblico impiego privatizzato» sulla corretta interpretazione dell'art. 64 del d.l. n. 165/2001; disposizione che ha regolamentato un istituto peculiare del «processo del lavoro pubblico» concernente l'accertamento pregiudiziale sulla efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi di lavoro con l'impugnabilità di siffatto accertamento pregiudiziale *per saltum* con ricorso per Cassazione. In forza della nuova normativa è stata significativamente modificata la disciplina dell'interpretazione autentica soprattutto nel suo rapporto con le controversie individuali, accentuandosi la funzione deflattiva del ricorso alla tutela giurisdizionale e, inoltre, affidando l'operatività dell'accordo interpretativo nei confronti delle controversie in-

dividuali non più all'accordo delle parti interessate, ma al meccanismo processuale predisposto dall'art. 64 del decreto n. 165/2001 e, in particolare, alla vincolatività, nel processo in relazione al quale viene azionato l'accertamento pregiudiziale, dell'accordo sull'interpretazione autentica della clausola contrattuale.

Intervento, quindi, «pesante» del giudice nella contrattazione collettiva del lavoro pubblico privatizzato: la Cassazione, chiamata dal legislatore a tale intervento, ha confermato la propria propensione a favorire il momento sindacale a prescindere da vari formalismi, come si evince sostanzialmente dalle sentenze della Corte n. 6113/05 e n. 7932/05 (52), anche se è stato avvertito – preme sottolineare – nella sentenza n. 2168/2004 (53) che non sono consentite interpretazioni o prassi applicative che comportino una prevalenza del potere contrattuale su quello legislativo (ciò in forza di quanto sancito dal principio gerarchico delle fonti di diritto).

Tale ultimo riferimento all'orientamento della giurisprudenza di legittimità, caratterizzato dalla fiducia nel sindacato o, più precisamente, nella contrattazione collettiva (insieme ai suoi intrinseci limiti), consente di auspicare, conclusivamente, che il cennato orientamento venga tenuto presente in sede di instaurazione e di definizione delle controversie sottoposte alla «nuovissima» normativa sui contratti collettivi nel rapporto di lavoro «comune» (cioè «*non*-pubblico privatizzato») con riguardo all'accertamento preliminare in ordine all'interpretazione prevista ora per tali contratti collettivi e alla ricorribilità *ex* art. 360, n. 3, cod. proc. civ. per censurare la «violazione e falsa applicazione» degli stessi (54).

Quest'ultimo rilievo consente di riproporre la denuncia fatta all'inizio e di ampliarla nel senso che un ulteriore gravoso «lavoro» viene così «scaricato» sulla Cassazione: per cui all'auspicio «di diritto» che si possano determinare orientamenti della giurisprudenza di legittimità rispondenti obiettivamente alle esigenze della collettività [o, meglio,

(52) Cass. 22 marzo 2005, n. 6113, in *FI*, 2006, I, c. 523; Cass. 18 aprile 2005, n. 7932, *ibidem*, c. 517. In dottrina, sull'istituto regolato dall'art. 64 del d.lgs. n. 165/2001, v. A. M. Perrino, *Il rapporto di lavoro pubblico* (nella collana di monografie diretta da B. Balletti), Padova 2004, p. 718.

(53) Cass. 5 febbraio 2004, n. 2168, in *MGL*, 2004, p. 528, con nota di M. Barbieri.

(54) Sul «nuovo» assetto ordinamentale della Corte di Cassazione con riferimento alla recente legge n. 150/2005 v., in generale, F. Cipriani e G. Impagnatiello, *La Corte di Cassazione*, in *FI*, 2005, V., c. 37.

delle parti individuali e sindacali paritariamente (entro il limite caratterizzante lo «spirito» del Diritto del lavoro come inteso dalla migliore dottrina) considerate] è da aggiungere l'avvertimento molto «di fatto» – ma da non sottovalutare in alcun modo – sulla necessità che alla Corte vengano forniti mezzi adeguati (anzitutto «uomini») per fare fronte convenientemente al prossimo (sicuro) aggravio di attività anche per attuare la fondamentale funzione che l'ordinamento le assegna specie per la decisione (= composizione) sulle (= dei) controversie (= conflitti) di lavoro (55).

(55) In senso analogo R. Vaccarella, il quale indica, a conferma, «quella norma ordinamentale, ma di elevatissimo valore, che, istituendo il nuovo rito, ha creato la “Sezione lavoro”» (*Una novità giurisprudenziale e una legislativa per il rito del lavoro*, in *DDG*, 2006, p. 12).

Pasquale Chieco (*)

FRANTUMAZIONE E RICOMPOSIZIONE DELLE NOZIONI DI DISCRIMINAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le nozioni di discriminazione diretta. — 2.1. La prescrizione antidiscriminatoria dell'art. 10, d.lgs. n. 276/2003. — 3. Le esenzioni «generali» dalla discriminazione diretta nei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003. — 3.1. La esenzione dalla discriminazione diretta basata sul sesso. — 3.2. Esenzioni «generali» dalla discriminazione diretta e clausola di non regresso. — 4. Le esenzioni «speciali» al divieto di discriminazione diretta: il fattore religioso. — 4.1. *Segue*: I fattori della «idoneità al lavoro» e della «età». — 4.2. La esenzione speciale di cui all'art. 10, d.lgs. n. 276/2003. — 5. Le nozioni di discriminazione indiretta. — 6. Le esenzioni generali dal divieto di discriminazione indiretta. — 6.1. La esenzione dalla discriminazione indiretta di genere. — 7. Conclusioni.

1. — *Premessa* — Scopo di questo scritto è analizzare il frastagliato quadro legale delle nozioni di discriminazione diretta e indiretta tralasciando le fattispecie semplicemente «parificate» (tra le quali, in particolare, le diverse ipotesi di molestia) e le disposizioni attinenti ai loro (diversi) ambiti di applicazione.

Sono altresì estranee al nostro tema d'indagine quelle disposizioni (presenti nella legislazione della flessibilità degli ultimi anni: v. i decreti legislativi n. 61/2000, art. 4; n. 368/2001, art. 6; n. 267/2003, artt. 38 e 44) che, pur rubricate come norme antidiscriminatorie, appartengono piuttosto all'area della parità di trattamento in quanto sanzionano differenziazioni di trattamento conseguenti non a specifici e tipizzati fattori soggettivi di rischio, ma alla particolare posizione contrattuale del lavoratore (*melius*, di *qualsiasi* lavoratore, indipendentemente dai suoi connotati soggettivi). Invero, in queste fattispecie viene in considerazione non la persona del lavoratore bensì la sua qualità «primaria» di contraente di *quel* tipo contrattuale, e tanto basta a innescare divieti di differenziazione nei trattamenti sicché nessun rilievo hanno i fattori

(*) Professore straordinario di Diritto del lavoro della facoltà di Economia dell'Università degli studi di Bari.

di rischio oggetto delle norme antidiscriminatorie (1). In realtà, la impropria denominazione di queste fattispecie è frutto della meccanica trasposizione delle direttive comunitarie nelle quali le due categorie della parità di trattamento e del divieto di discriminazione, entrambe ascrivibili al principio di eguaglianza formale, sono utilizzate quasi fossero (e non lo sono) sinonimi (2).

Le nozioni di discriminazione oggetto della nostra indagine sono contenute in una serie di testi legislativi che non sempre sono stati a-

(1) La netta distinzione tra regole di parificazione ed effetto di parificazione (proprio delle norme antidiscriminatorie) rimane esemplarmente scolpita da Ventura, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 265-266. Ovviamente, posta la regola della parità questa impedisce qualsiasi differenziazione e, quindi (come il più contiene il meno), anche quelle in ipotesi basate sui fattori di rischio protetti dal divieto di discriminazione. Per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare a Chieco, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, ora in Chieco (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro, Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 67-71; nonché a M. T. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XXXVI, Cedam, Padova, 2005, pp. 199 ss. e 209-213.

(2) Non si tratta di una critica «ingenerosa» alla normativa comunitaria (e ai suoi interpreti), come ritiene invece De Simone, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in Barbera (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *NLCC*, 2003, pp. 711 ss., spec. p. 720, la quale confonde, sovrapponendole indebitamente, le due categorie quando afferma che la *normativa antidiscriminatoria* garantisce «l'assenza di discriminazioni e il diritto allo stesso trattamento per tutti i soggetti, siano o non siano portatori di quella particolare differenza che viene in considerazione». È semmai vero il contrario, in quanto è piuttosto la sussistenza di un precetto paritario ad assorbire e rendere inutile – nel medesimo ambito di riferimento – il divieto di discriminazione che, viceversa, è inidoneo a garantire la parità a tutti coloro che si trovano in una certa situazione giuridica (ad es. parte di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato) in quanto opera solo a favore dei soggetti che (entro quella situazione giuridica) siano portatori del fattore di rischio tipizzato dalla norma antidiscriminatoria: cfr., per tutti, Ghera, *Atti e trattamenti collettivi discriminatori*, in U. Prosperetti, *Commentario dello statuto dei lavoratori*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 409-410; Barbera, *La nozione di discriminazione*, in *NLCC*, 1994, pp. 46 ss., spec. pp. 48-49; Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 199-201. V. altresì, per analoghe conclusioni con riferimento al diritto comunitario e comparato, Tesaurò, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. Unione europea*, n. 1/1999, pp. 1 ss.; Ortega, *La tutela antidiscriminatoria nel diritto e nella pratica giudiziaria spagnola*, in *DLRI*, 2003, pp. 475 ss., spec. pp. 480-484. D'altro canto, la stessa De Simone, *op. ult. cit.*, p. 721, esprime più avanti perplessità sull'accezione del sintagma «parità di trattamento» come utilizzato nella Direttiva n. 2000/78 Ce che, per l'appunto, viene fatto interamente coincidere con l'assenza di discriminazioni, senza tuttavia trarne le ne-

dottati con adeguata attenzione verso le interazioni e le sovrapposizioni normative (3), le quali, in alcuni casi, hanno dato luogo a vere e proprie antinomie.

La successione delle leggi oggetto dei fenomeni indagati è presto detta. Si comincia, invero, con la legge n. 125 del 1991, modificata con il d.lgs. n. 145 del 2005 e infine abrogata (a eccezione dell'art. 11) e sostituita dal recentissimo «codice delle pari opportunità tra uomo e donna», emanato con il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198. Si prosegue, quindi, con i due noti decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003, i quali richiamano peraltro altre rilevanti disposizioni alcune delle quali, come l'art. 15 Stat. lav., perdono decisamente di centralità (se non proprio di significato regolativo) (4) mentre altre, come in particolare il d.lgs. n. 268 del 1998 (T.U. immigrazione), fanno sorgere serissimi problemi di coordinamento. D'altro canto, i problemi di coordinamento sembrano quasi connaturati a questa disciplina (5) ove si segnala la emanazione del d.lgs. 1° marzo 2006, n. 67, che, con mossa e repentina contro-mossa, introduce «nuove» nozioni di discriminazione per motivi connessi alla «disabilità» e subito dopo salvaguarda le disposizioni del d.lgs. n. 216/2003 che tutelano (tra l'altro: v. *infra*) avverso le discriminazioni fondate sull'*handicap*. Una menzione merita, infine, il d.lgs. n. 276 del 2003 che – oltre a diverse disposizioni di parificazione nei trattamenti tra lavoratori *standard* e *non standard* estranee al nostro tema perché non qualificabili (nonostante la rubrica) come norme antidiscrimi-

cessarie conseguenze sistematiche rivedendo la (questa sì) ingenerosa critica ai nostri pacati rilievi sull'indebita sovrapposizione tra norme antidiscriminatorie e precetti di parità di trattamento (cfr. Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, 2002, I, pp. 77-78; ma v. anche Rizzo, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie n. 43 del 29/6/2000 e n. 78 del 27/11/2000*, in *RCDL*, 2004, pp. 226-227).

(3) Cfr., Di Paola, *Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti*, in *NLCC*, 2003, p. 856; Rizzo, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie n. 43 del 29/6/2000 e n. 78 del 27/11/2000*, cit., pp. 223-224.

(4) Invero, anche ipotizzando che l'elemento intenzionale caratterizzi l'art. 15 Stat. lav. e non (parte de) i «nuovi» divieti di discriminazione (cfr., Di Paola, *Discriminazioni sul posto di lavoro*, cit., p. 860), alla norma statutaria non residuerebbero margini di autonoma operatività. V., peraltro, Rizzo, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie n. 43 del 29/6/2000 e n. 78 del 27/11/2000*, cit., p. 28, sulla mancata menzione (ancora una volta frutto del precario coordinamento normativo) tra i motivi dell'art. 15 Stat. lav. del riferimento all'origine etnica.

(5) Cfr., Gottardi, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte*, in *DLRI*, nn. 99-100, 2003, p. 453.

natorie (v. *supra*) – contiene una norma di qualche interesse per la nostra analisi. Il riferimento è all'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, il quale, pur riguardando propriamente i criteri e i limiti per l'assunzione di (una molteplicità di) informazioni sull'aspirante lavoratore, sembra introdurre (come segnala la sua stessa rubrica) un divieto di discriminazione in certa misura collegato al regime delle informazioni e dedicato alla tutela del lavoratore nel mercato del lavoro.

Le disposizioni così elencate, nella gran parte (v. *infra*), trovano fondamento (e, in ogni caso, devono assumerle come parametro di riferimento) nelle prescrizioni antidiscriminatorie contenute in un grappolo di direttive comunitarie di «nuova generazione» (6) quali la Direttiva n. 2000/43/Ce del 29 giugno 2000, seguita dalla Direttiva n. 2000/78/Ce del 27 novembre 2000 e dalla Direttiva n. 2002/73/Ce del 23 settembre 2002.

Nel complesso le fattispecie antidiscriminatorie individuano un lungo elenco di profili della persona (in alcuni casi ripetuti o menzionati diversamente) che include razza, origine etnica (d.lgs. n. 215/2003), religione, convinzioni personali, *handicap*, età, orientamento sessuale (d.lgs. n. 216/2003), sesso (d.lgs. n. 198/2006) (7), colore, ascendenza, origine nazionale, gruppo linguistico (d.lgs. n. 286/1998) (8), ai quali l'art. 10, d.lgs. n. 276/2003 aggiunge – menzionando altresì tutti i precedenti – lo stato di salute e le controversie con precedenti datori di lavoro. Come è facile constatare siamo di fronte a una molteplicità di fattori di rischio molto diversi tra loro poiché alcuni sono riferiti a dati oggettivi (come l'età, il sesso, l'*handicap*) mentre altri sono il frutto di opzioni, di scelte dell'individuo, di modi di impersonare e di vivere la propria identità personale (come le convinzioni politiche, il cre-

(6) Secondo l'espressione di S. Fredman, *Equality: a New Generation*, in *Industrial Law Journal*, v. 30, pp. 145 ss., ripresa da Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, n. 99-100, 2003, p. 401. Tralasciamo nella nostra analisi la Direttiva n. 2004/113/Ce del 13 dicembre 2004 («che attua il principio di parità tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e loro fornitura») poiché, oltre a non riguardare l'impiego e l'occupazione (art. 3, comma 4), non è stata ancora attuata.

(7) Tra i criteri che, implicitamente, fanno riferimento al sesso occorre aggiungere stato matrimoniale e di famiglia, stato di gravidanza oggetto del divieto di farvi riferimento oggi disciplinato dall'art. 27, d.lgs. n. 198/2006.

(8) Il quale, oltre ad «aggiungere» i fattori indicati, ne menziona altri oggetto di tutela anche negli altri provvedimenti ricordati quali: razza, origine etnica, pratiche religiose. Su tale sovrapposizione di motivi in diverse norme si tornerà più avanti.

do religioso, l'orientamento sessuale) tutt'altro che oggettivamente verificabili o immodificabilmente dati. Ovviamente, stante l'oggetto della nostra analisi, non toccheremo le specificità che taluni di questi fattori di rischio presentano rispetto ad altri (9), tenuto altresì conto della scelta del legislatore italiano (e non solo) di procedere all'emanazione di una disciplina generale e uniforme che si manifesta, per quanto qui interessa, nelle nozioni di discriminazione (diretta e indiretta) nonché della disciplina in materia di esenzione dai divieti.

2. — *Le nozioni di discriminazione diretta* — Le nozioni di discriminazione diretta sono l'esito, nell'attuale formulazione, dell'incrociarsi di diverse disposizioni interne, in buona parte attuative delle direttive antidiscriminatorie di «nuova generazione» (v. *supra*).

In particolare, rilievo centrale riveste oggi la definizione di discriminazione diretta contenuta nei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003, i quali, pur concernendo fattori di rischio profondamente diversi tra loro, la formulano in termini identici traducendo, alla lettera, quanto stabilito in proposito dalle Direttive comunitarie n. 43 e n. 78 del 2000. Essa si configura, infatti, quando a motivo della razza o dell'origine etnica (d.lgs. n. 215/03) ovvero della religione, delle convinzioni personali, degli *handicap*, dell'età o dell'orientamento sessuale (d.lgs. n. 216/03), «una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga».

Il meccanismo interessante e innovativo, quello che rappresenta, per così dire, il valore aggiunto della nozione di discriminazione diretta di «nuova generazione», è costituito dal fatto che la illegittima differenziazione è definita con riferimento al trattamento di un'altra persona che può essere anche soltanto virtuale (10). Mentre, infatti, nella nozione

(9) Cfr. Bell, Waddington, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento della discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *DLRI*, 2003, pp. 373 ss., spec. pp. 384 ss. A tal proposito, una interessante quanto approfondita analisi alla normativa in esame in ragione dello specifico fattore di rischio costituito dall'orientamento sessuale può leggersi nei contributi raccolti in Fabeni, Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Ediesse, Roma, 2005.

(10) La possibilità di «comparazioni» (anche) soltanto ipotetiche introdotta dalle direttive di seconda generazione è stata sottolineata pressoché da tutti i commenti: cfr. Guild, *The EC directive on race discrimination: surprises, possibilities and limitations*, in *ILJ*, 2000, p. 419; Waddington e Bell, *More equal than others: distinguishing European Union equality directives*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 592;

di discriminazione dell'art. 15 Stat. lav. così come in quella di genere della originaria formulazione dell'art. 4, comma 1, legge n. 125/1991, doveva esserci un soggetto identificato, un lavoratore o una lavoratrice con una faccia e con un nome a fare da parametro di «comparazione», oggi questa necessità viene meno in quanto il termine di raffronto può essere costituito anche da un trattamento meramente ipotetico: un trattamento che non c'è ma che, tuttavia, potrebbe darsi ove il normotipo, il modello di lavoratore *standard*, si materializzasse in carne e ossa entro il perimetro aziendale.

Poiché questo meccanismo attiene a un divieto (di discriminare per una serie di motivi), ne consegue un evidente quanto rilevante *ampliamento* della nozione di discriminazione, capace di dare copertura a un'area di differenziazioni destinate a rimanere all'esterno dei confini della fattispecie antidiscriminatoria «storica».

Questo dato, chiaramente risultante dalle nozioni dei decreti nn. 215 e 216 del 2003, rende oscure le ragioni del modo in cui, dapprima il d.lgs. n. 145/2005 e, quindi, il codice delle pari opportunità, hanno dato attuazione alla Direttiva n. 2002/73/Ce, in base alla quale vi è discriminazione diretta quando «una persona è trattata meno favorevolmente, in base al sesso, di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga» (formula identica a quella delle Direttive n. 43 e n. 78 del 2000).

In particolare, l'art. 2, lett. *a*, del d.lgs. n. 145/2005, aggiornando la nozione dell'art. 4 della legge n. 125/1991, ha «costruito» la nuova discriminazione diretta riferendola a «qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e comunque il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga». Così operando, il legislatore delegato ha ripreso la «vecchia» definizione di discriminazione di genere dell'art. 4, comma 1, legge n. 125/1991 («qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando [...] le la-

Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, cit., pp. 80 ss.; Waddington e Hendriks, *The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination*, in *International Journal of Comparative Law and Industrial Relations*, vol. 18/3, 2002, p. 421; Barbera, *Not the same? The judicial role in the new Community anti-discrimination law context*, in *Industrial Law Journal*, 2002, p. 89; Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., p. 411.

voratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso») aggiungendovi la prescrizione che *comunque* costituisce discriminazione diretta *il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga*.

Il recentissimo codice delle pari opportunità, con una opera di mera compilazione (v. par. 7), ha ripreso alla lettera questa nozione nell'art. 25, senza sciogliere i nodi posti dalla indicata stratificazione normativa che solo in parte possono essere risolti sul piano interpretativo.

Questa strada è, infatti, percorribile in relazione alla sostanziale irrilevanza della prima parte della prescrizione, il cui disposto è interamente assorbito dalla seconda parte grazie all'avverbio «comunque» che toglie ogni dubbio sulla nessuna rilevanza dei persistenti riferimenti agli strumenti attuativi della condotta vietata (*qualsiasi atto, patto o comportamento*) (11).

Rimane, al contrario, irrisolvibile (e del tutto incomprensibile) l'omesso riferimento nella seconda (e più moderna) parte della definizione al valore aggiunto delle nozioni di discriminazione di «nuova generazione». Non c'è traccia, infatti, nella nozione riprodotta nell'art. 25 del codice delle pari opportunità al lavoratore o alla lavoratrice «precedenti» o virtuali ai quali riferire il trattamento di miglior favore rispetto a quello riservato alla lavoratrice o al lavoratore concretamente discriminati.

Ne consegue che, all'esito del complesso degli interventi normativi del nuovo secolo, il divieto di discriminazione per ragioni di genere fornisce una copertura meno ampia del divieto approntato per tutti gli altri fattori di rischio, ribaltando così la storia della legislazione antidiscriminatoria, non solo del nostro paese.

Questo assetto, tanto oscuro quanto irragionevole sotto il profilo della politica del diritto, è decisamente illegittimo. Invero, anche se, né il codice delle pari opportunità, né l'art. 6 della legge delega n. 246/2005 che ne ha promosso l'emanazione, fanno espresso riferimento alla Direttiva n. 2002/73/Ce (12), rimane il fatto che il nostro ordinamento presenta una nozione di discriminazione non rispondente per

(11) Cfr., Bonardi, *Attuata la direttiva comunitaria 73/2002/Ce. Le novità in materia di discriminazioni e molestie sessuali*, in <http://www.cgil.it/giuridico/>, 2.

(12) A differenza del d.lgs. n. 145/2005 che, tuttavia, nonostante fosse stato emanato per dare attuazione alla Direttiva n. 2002/73/Ce, aveva introdotto una nozione di discriminazione (oggi riproposta nell'art. 25 del codice delle pari opportunità) inadeguata allo scopo. Peraltro, la definizione del d.lgs. n. 145/2005 contrastava con quella prevista nella legge delega 31 dicembre 2003, n. 306, che all'art. 17 dava man-

difetto a quella comunitaria ponendosi così in contrasto con l'obbligo di *attuazione della direttiva* che permane ben oltre il momento della sua trasposizione formale (13).

A conclusioni non diverse induce l'altra nozione di discriminazione diretta presente nel nostro sistema: quella dell'art. 43, commi 1 e 2, d.lgs. n. 286/1998 (T.U. immigrazione), oggetto di espressa salvaguardia nei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003.

In realtà, il richiamato art. 43 T.U. immigrazione contiene due diverse nozioni di discriminazioni (14), pur se certamente più significativa è quella contenuta nella lettera *e* del comma 2 dell'art. 43 T.U. immigrazione che assume, nella nostra analisi, rilievo centrale in quanto introduce una nozione speciale espressamente concernente i rapporti di lavoro affermando che: «In ogni caso compie atto di discriminazione [...] il datore di lavoro o i suoi preposti i quali [...] compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza a una razza, a un gruppo etnico o linguistico, a una confessione religiosa, a una cittadinanza».

Questa nozione *lavoristica* riconduce la discriminazione al semplice prodursi di un effetto pregiudizievole frutto della considerazione, vietata, di uno dei fattori di rischio elencati. Siamo, pertanto, di fronte a una nozione costruita nel 1998 a ridosso della struttura propria delle norme antidiscriminatorie di genere (art. 4, comma 1, legge n. 125/1991)

dato al governo di attuare la Direttiva n. 2002/73/Ce precisando di «definire la nozione di discriminazione "diretta", quando una persona è trattata meno favorevolmente, in base al sesso, di quanto sia, sia stata o sarebbe stata un'altra in una situazione analoga» (comma 1, lettera *b*). In definitiva, oltre a contrastare con la direttiva, la nozione «ristretta» dell'art. 1, lettera *a*, d.lgs. n. 145/2005 collideva con la legge delega integrando così una illegittimità costituzionale per eccesso di delega. Entrambe le questioni, però, risultano superate dall'abrogazione dell'art. 4 della legge n. 125/1991 (come modificato dal d.lgs. n. 145/2005), a opera dell'art. 57, lett. *f*, del codice delle pari opportunità.

(13) Cfr., per tutti, Carabelli, Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in Garofalo, Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 95 ss., spec. p. 114; Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in Fabeni, Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, cit., p. 45.

(14) Per una puntuale critica per la mancanza di coordinamento tra le due definizioni nonché per le molteplici incertezze indotte dalla loro formulazione approssimata v. Castelvetti, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, in *DRI*, 1999, p. 327.

e, quindi, prima che – per effetto delle Direttive degli anni 2000 – si configurasse la possibilità di ampliare la operatività del divieto in virtù della considerazione di un lavoratore comparabile meramente virtuale.

Proprio questa differenza è motivo del quadro problematico innanzi adombrato in quanto essa si manifesta con riferimento a norme che si sovrappongono nella protezione dei medesimi fattori (15). Invero, razza ed etnia da un lato, religione dall'altro, sono connotati personali protetti sia dai divieti di cui agli artt. 1 dei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 – contenenti, come si è visto, una nozione di discriminazione vietata più ampia perché fondata (anche) sul criterio della comparazione virtuale –, sia del divieto di cui all'art. 43, T.U. immigrazione, che la comparazione virtuale non prevede.

La questione, peraltro, non può essere risolta in base al criterio dello *ius superveniens* (16) in quanto sia il d.lgs. n. 215/2003 (art. 2, comma 2) che il d.lgs. n. 216/2003 (art. 2, comma 2) fanno salvo il disposto dell'art. 43 T.U. immigrazione, con l'effetto di salvaguardare la nozione più datata e meno protettiva (per quanto qui in discussione) di discriminazione diretta.

In tal modo, oltre a frantumare la fattispecie in relazione ai diversi motivi (razza, origine etnica e religione, da una parte; convinzioni personali, *handicap*, età, orientamento sessuale, dall'altro) oggetto della medesima disciplina comunitaria, si introduce una evidente frattura con le Direttive comunitarie n. 2000/43/Ce e n. 2000/78/Ce. La più ampia nozione europea di discriminazione diretta (a comparazione virtuale) determina, infatti, un più elevato livello di protezione dei connotati personali (nella specie, razza, etnia, religione) che fa scattare l'obbligo per gli Stati membri di prendere le misure necessarie per assicurare che siano abrogate tutte le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al principio di «parità di trattamento» (art. 14, Direttiva n. 2000/43/Ce; art. 16, Direttiva n. 2000/78/Ce).

(15) Per qualche osservazione sulla mancata menzione nei d.lgs. nn. 215 e 216 del 2003 del fattore di rischio relativo alla nazionalità, espressamente menzionato nell'art. 43 T.U. immigrazione, Nappi, *Il lavoro degli extracomunitari*, ESI, Napoli, 2005, p. 262 ss. Qui è solo opportuno rilevare che la esclusiva applicazione delle disposizioni antidiscriminatorie del T.U. immigrazione alle differenze di trattamento basate sulla nazionalità non determina alcun contrasto formale con la Direttiva n. 2000/43 che le esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione.

(16) Come ritiene, «in linea di massima», Di Paola, *Discriminazioni sul posto di lavoro*, cit., p. 870, il quale si riserva tuttavia un più accurato approfondimento sistematico.

In altri termini, salvaguardando l'art. 43 T.U. immigrazione, il nostro legislatore ha operato in modo opposto a quello previsto dall'obbligo di adeguamento posto dalle medesime direttive.

Non solo. La prevalenza della nozione meno protettiva già presente nel nostro ordinamento si pone altresì in contrasto con l'art. 76 Cost. Invero, l'art. 29 della legge n. 39/2002 contenente la delega al governo di attuare la Direttiva n. 2000/43/Ce, oltre a condizionare la salvaguardia delle disposizioni vigenti (incluso il T.U. immigrazione) alla loro modificazione e integrazione per adeguarle alle prescrizioni della direttiva, ha espressamente stabilito «di definire la nozione di discriminazione "diretta" quando a causa della razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga». Discorso analogo vale per la Direttiva n. 2000/78/Ce, la cui attuazione è stata oggetto di una delega secca nella legge n. 39/2002 sicché la medesima nozione di discriminazione (relativa questa volta alla tutela, tra l'altro, della religione) prevista nell'art. 2, par. 2, lettera *b*, della direttiva si pone quale preciso principio o criterio direttivo (*ex art. 76 Cost.*) per il legislatore delegato.

In definitiva, alla luce del complesso degli elementi enunciati, si deve concludere che la salvaguardia (*ex art. 2, comma 2, d.lgs. n. 215/2003, e art. 2, comma 2, d.lgs. n. 216/2003*) del disposto dell'art. 43 T.U. immigrazione quale norma speciale idonea a escludere l'applicabilità della nuova nozione di discriminazione diretta introdotta (in attuazione delle fonti comunitarie) dall'art. 2, comma 1, lettera *a*, del d.lgs. n. 215/2003 e del d.lgs. n. 216/2003, è incostituzionale per contrasto con l'art. 76 Cost.

Si tratta, peraltro, di un vizio che non può essere superato colmando la «lacuna regolativa» mediante il riferimento (in via interpretativa) alle compiute definizioni di discriminazione diretta della legge delega. Tale soluzione di ingegneria giuridica, invero, si scontra con la giurisprudenza costituzionale e con la prevalente dottrina, che ammettono l'applicabilità diretta delle norme deleganti solo in caso di omessa attuazione della delega mentre riservano all'esclusiva competenza della Corte Costituzionale il compito di giudicare (con gli effetti *erga omnes* propri delle pronunce della Consulta) sull'eccesso di delega provocato dai conflitti tra norme delegate e deleganti ovvero dalla necessità di coordinarne le disposizioni (17).

(17) V. Corte Cost. 16 gennaio 1957, n. 3, in *GU* n. 27 del 30 gennaio 1957; Corte Cost. 30 luglio 1981, n. 173, in *GU* n. 214 del 5 agosto 1981; Corte Cost. 4

2.1. — *La prescrizione antidiscriminatoria dell'art. 10, d.lgs. n. 276/2003* — Tutti i fattori di rischio ricordati (18), unitamente ad altri quali lo stato di salute e le controversie con il precedente datore di lavoro, sono oggetto del divieto di cui all'art. 10, d.lgs. n. 276/2003.

In realtà, come si è anticipato, la norma si occupa prevalentemente di limitare e, comunque, regolare le indagini su tali profili della persona dirigendosi, in particolare, nei confronti delle agenzie di lavoro e degli altri soggetti pubblici e privati che, previa autorizzazione o accreditamento, sono abilitati a svolgere nel mercato le attività di intermediazione, di ricerca e selezione del personale, di supporto alla ricollocazione professionale, oltre che di somministrazione di manodopera (19).

Tuttavia, come si evince dalla stessa rubrica («Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori»), l'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, sembra contenere un implicito riferimento alle condotte discriminatorie in quanto vieta alle agenzie di lavoro e agli altri soggetti indicati «di effettuare qualsivoglia indagine o comunque trattamento di dati *ovvero di preselezione dei lavoratori*, anche con il loro consenso, in base...» a tutti i fattori rischio ricordati (il corsivo è nostro).

In altri termini, dalla lettera della norma sembra lecito dedurre che questi soggetti, proprio nello svolgimento dell'attività tipica, siano «impediti» di assumere determinate informazioni e, comunque, di utilizzarle nell'attività di preselezione dei lavoratori. Rimane, peraltro, particolarmente oscuro – in una norma malamente redatta – che cosa si intenda per «preselezione dei lavoratori» e, ancora, quale sia il rapporto di questa con l'attività di selezione propriamente detta (tipizzata dall'art. 4, d.lgs. n. 276/2003) e, infine, perché mai quest'ultima non sia inclusa nel divieto.

Tutte questioni che si incrociano con quelle del rapporto tra questo implicito divieto di discriminazione diretta e quelli frutto delle disposizioni già esaminate (*ex d.lgs. n. 215/2003; d.lgs. n. 216/2003; T.U.*

maggio 1990, n. 224, in *GU* n. 19 del 9 maggio 1990; Cfr. Martinez, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2000, pp. 368-371; Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1990; pp. 376-383.

(18) Seppure, in parte, diversamente menzionati, e cioè: convinzioni personali, affiliazione sindacale o politica, credo religioso, sesso, orientamento sessuale, stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, età, *handicap*, razza, origine etnica, colore, ascendenza, origine nazionale, gruppo linguistico.

(19) Il richiamo, tra le agenzie del lavoro, anche alle società di somministrazione di lavoro segna una specificità di questo particolare datore di lavoro, rispetto a tutti gli altri, che possiamo qui solo segnalare.

immigrazione; d.lgs. n. 145/2005), visto che tutti i fattori protetti da queste disposizioni sono ripresi dall'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, con l'aggiunta – come detto – del riferimento allo stato di salute e alle controversie con il precedente datore di lavoro.

Ebbene, al di là degli ulteriori rilievi che potrebbero farsi, proprio quest'ultima considerazione insieme all'incerta portata della valenza antidiscriminatoria dell'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, escludono che quest'ultimo possa intaccare la struttura e il contenuto delle nozioni di discriminazione diretta frutto delle ricordate direttive comunitarie e dei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 (ma lo stesso vale per il codice delle pari opportunità) che, va sottolineato, trovano espressa applicazione anche alle attività di «selezione dei lavoratori», da chiunque poste in essere (20).

Ne deriva che i margini di autonoma operatività del *divieto speciale* (perché riferito alle sole agenzie di lavoro e soggetti equiparati) e *striminzito* (perché riferito alla sola attività di preselezione) dell'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, si restringono ai soli fattori di rischio protetti in via esclusiva dalla medesima norma (cfr., stato di salute e controversie con il precedente datore di lavoro). Conclusione, questa, che tornerà utile per chiarire la pressoché nulla portata della (amplissima) esenzione al medesimo divieto introdotta dalla seconda parte dallo stesso art. 10 (v. par. 4.2.).

3. — *Le esenzioni «generali» dalla discriminazione diretta nei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 e la loro efficacia nel T.U. immigrazione* — Ancor più dell'aggiornamento delle nozioni di discriminazione (diretta e indiretta), l'elemento caratterizzante della legislazione emanata in attuazione delle Direttive antidiscriminatorie degli anni 2000 sta nella formale introduzione di talune ipotesi, generali e speciali, di *esenzione* dal divieto, nelle quali, cioè, è la legge stessa a esplicitare in quali casi il trattamento sfavorevole basato su uno dei molteplici fattori di rischio ricordati non costituisce discriminazione (21).

(20) Cfr., art. 3, comma 1, lettera *a*, d.lgs. n. 215/2003, e art. 3, comma 1, lettera *a*, d.lgs. n. 216/2003, nonché art. 27, comma 2, lett. *b*, codice delle pari opportunità, ove peraltro il divieto di discriminazione è espressamente riferito alla *selezione* delle lavoratrici e dei lavoratori.

(21) In proposito, Marzia Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., p. 410, riproponendo quanto già rilevato da Del Punta, ha sottolineato che «quanto più il campo del divieto di discriminazione si estende, tanto più cresce il peso delle eccezioni e delle giustificazioni».

Così, iniziando dalla fattispecie di esenzione generale concernente la discriminazione diretta (22), si precisa che, *nel rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza*, le differenze di trattamento basate sui motivi protetti non costituiscono atti di discriminazione «qualora per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima» (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 215/2003; art. 3, comma 3, d.lgs. n. 216/2003).

Si tratta di una esenzione – ripresa pressoché alla lettera dalle Direttive n. 43 e n. 78 del 2000 (ma v. *infra*) – particolarmente stringente (23) in quanto la condizione posta perché il datore di lavoro possa prendere in considerazione il fattore di rischio è strettamente legata all'attività lavorativa ovvero al contesto in cui essa viene espletata risultando così legata alla stessa possibilità (materiale ovvero giuridica) di eseguire il contratto di lavoro.

(22) Sulla introduzione e sulla rilevanza nelle direttive comunitarie di nuova generazione, di un principio generale di esenzione dalla discriminazione *diretta* v. Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, cit., pp. 81-88; Bellocchi, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, pp. 172 ss., spec. p. 190; Gottardi, *Discriminazioni sul luogo di lavoro: recepita la direttiva comunitaria*, in *Glav*, n. 34/2003, p. 41; Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 180-181; *contra*, De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 86 ss.; Idem, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, p. 722, la quale tuttavia ha successivamente rivisto questa posizione negli scritti successivi: cfr., *I requisiti occupazionali*, in Fabeni, Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, cit., pp. 131 ss., seppure in termini dubitativi (p. 147); anche Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 62 ss., sembra propendere per l'estraneità alla discriminazione diretta (ribadita pure con riferimento alle direttive di nuova generazione: p. 70) di qualsiasi elemento «giustificatorio» che riguarderebbe propriamente ed esclusivamente il terreno della discriminazione indiretta (pp. 157 ss.). Tuttavia, questo diverso approccio sembra infine questione di mera denominazione della fattispecie visto che l'Autore afferma espressamente che con gli artt. 3, comma 3, dei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 (che, come detto, attuano alla lettera le direttive comunitarie), viene esclusa la natura direttamente discriminatoria dei trattamenti diversificati conseguenti ai *bona fide occupational qualifications* (p. 394).

(23) Di diverso avviso De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *LD*, 2004, pp. 536-537, che giudica ambigua la formulazione della norma e tale da aprire ampi spazi di giustificazione delle differenze di trattamento. Non dissimili le posizioni di Ferraro, Gentile, *Le eccezioni all'applicazione del principio di parità di trattamento*, in Fabeni, Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, cit., p. 164, che criticano la norma sulla esenzione a causa della indeterminatezza e della genericità del suo contenu-

In particolare, la norma prescrive che la essenzialità della diretta considerazione del requisito personale per attribuire un trattamento sfavorevole (24) debba essere soppesata dal punto di vista del contenuto e della collocazione della posizione di lavoro («la natura dell'attività lavorativa»), ovvero dei caratteri oggettivi e degli scopi dell'organizzazione del datore di lavoro («il contesto in cui essa [l'attività lavorativa] viene espletata»). È da ritenere che mentre il primo profilo sia necessario e sufficiente a integrare l'esenzione legale altrettanto non possa dirsi per i caratteri e gli scopi dell'organizzazione datoriale che, presi in sé, non sembrano sufficienti a pervenire a un giudizio di essenzialità nella considerazione del requisito personale.

Ciò del resto è confermato dallo stesso tenore letterale della norma che ricollega l'esenzione (*alias*, il carattere essenziale e determinate del requisito personale) non al *contesto* organizzativo-produttivo datoriale, ma alla *attività lavorativa* in esso svolta, sicché sembra ragionevole concludere che, in questa seconda ipotesi, la essenzialità del requisito professionale assunto a parametro del trattamento riservato al lavoratore risulti all'esito dell'incrocio tra natura della prestazione e tipologia dell'attività svolta dal datore di lavoro. L'attività di quest'ultimo, allora, anche quando abbia natura e scopi fortemente caratterizzati (per ideologia, religione, obiettivi etico-filosofici, per scelta di segmento di mercato ovvero di prodotto o servizio specificamente connotati), non potrà

to; Amato, *Il divieto di discriminazione per motivi non di genere in materia di lavoro*, in *RIDL*, 2005, I, pp. 217 ss., spec. pp. 284-287, il quale giudica generici, opinabili, implausibili i concetti sui quali è basata la esenzione; Rizzo, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie n. 43 del 29/6/2000 e n. 78 del 27/11/2000*, cit., p. 225. Più articolata la posizione di Izzi, *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 164 ss., la quale analizza il margine di indeterminatezza che permane nel requisito di essenzialità ove riferito (non alle *job relatedness*, ma) alle *business necessity*.

Ma v. per un diverso approccio Viscomi, *Osservazioni critiche su lavoro e «tendenza» nelle fonti internazionali e comunitarie*, in *LD*, 2003, pp. 583-584, sulla consolidata presenza ed efficacia nelle fonti internazionali del riferimento ai *requisiti essenziali e determinanti per lo svolgimento dell'attività lavorativa* quali parametri di valutazione della legittimità di trattamenti differenziati sulla base di caratteristiche altrimenti interdette; riferimento alimentato e sistematicamente configurato da un «dialogo costante tra decisori politici, dottrina giuridica ed esperienza giurisprudenziale»; Bellocchi, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., pp. 181-183 e 187-188, la quale in proposito parla di criteri rigorosi e selettivi.

(24) Ovviamente, il segno sfavorevole andrà ricercato nei soggetti esclusi in caso di trattamento vantaggioso (assumo un mussulmano e non un cristiano) ovvero nei soggetti inclusi in caso di trattamento svantaggioso (licenzio un giovane piuttosto che un anziano).

mai giustificare *ex se* una richiesta generalizzata di adesione e condivisione motivazionale di tutti i dipendenti, ma solo di quelli che in ragione delle mansioni dedotte in contratto (v. *infra*) abbiano il compito di esprimere gli scopi ideologicamente, eticamente, economicamente caratterizzanti l'attività del datore di lavoro (25).

Queste conclusioni sono confermate dai criteri generali di commisurazione costituiti dalla proporzionalità e dalla ragionevolezza che implicano la necessità di rifuggire automatismi o generalizzazioni (ad es. tipizzazioni consuetudinarie) per chiamare il datore di lavoro, prima, e il giudice, poi, a valutare la meritevolezza dell'interesse perseguito (giudizio di ragionevolezza) e a dare il giusto peso alla considerazione del requisito personale (giudizio di proporzionalità).

A differenza di quanto previsto nelle Direttive n. 43 e n. 78 del 2000, la formulazione della esenzione nei decreti legislativi nn. 215 e 216 non contiene alcun riferimento alla *legittimità* della finalità perseguita dal datore (mediante l'uso del requisito soggettivo dal quale deriva la differenza di trattamento). Si tratta di una scelta del legislatore interno sottoposta a critica da una parte della dottrina (26) con argomenti però poco condivisibili. Invero, escludere la natura discriminatoria di differenziazioni basate sui fattori protetti (oltre che in ragione dei requisiti innanzi descritti) *anche* in ragione della *ulteriore condizione* che tali differenziazioni perseguano una finalità legittima significa introdurre un requisito inutile (27). Lo scopo illegittimo – sia esso attinente alla finalità impressa dal datore di lavoro alla singola prestazione di lavoro ovvero al complesso della propria attività – è un *prerequisito* di ogni atto o com-

(25) Cfr. Viscomi, *op. ult. cit.*, pp. 584-585. Sul difficile rapporto tra libertà ideologica e adempimento contrattuale (ovvero sulla ideologia come connotato dell'esercizio dell'impresa e, quindi, quale requisito di esecuzione del contratto) v. altresì, anche per ulteriori riferimenti, Bavaro, *Ideologia e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2003, pp. 193 ss., spec. pp. 227 ss.

(26) Cfr., tra gli altri, Ferraro, Gentile, *Le eccezioni all'applicazione del principio di parità di trattamento*, cit., p. 161.

(27) Per ulteriori approfondimenti sul punto sia consentito il rinvio a Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, cit., p. 90. Del resto la giurisprudenza comunitaria (*ante* direttive di nuova generazione) ha utilizzato il criterio della *legittimità* dello scopo in riferimento (non al datore di lavoro, che è invece il soggetto cui si riferisce la norma interna, ma) al legislatore nazionale le cui scelte qualificano in termini di legittimità gli scopi perseguiti e nello stesso tempo aprono al sindacato della Corte di Giustizia (molto più restia a entrare nelle motivazioni economico-aziendali): cfr. Corte di Giustizia Ce 9 febbraio 1999, n. 167, in *Lav. giur.*, 1999, p. 920; Corte di Giustizia Ce 6 febbraio 1996, n. 457, in *Riv. it. dir. pub.*

portamento avente rilievo giuridico che, perciò, nulla aggiunge o toglie ai caratteri costitutivi della fattispecie che, come detto, impongono un giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità dell'interesse datoriale.

La esenzione generale descritta vale anche nei confronti dei tre fattori di rischio (razza, etnia e religione) oggetto della disciplina dell'art. 43, commi 1 e 2, d.lgs. n. 286/1998, espressamente salvaguardata – come si è visto – dagli artt. 2 dei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 (v. par. 2).

Infatti, anche se nell'art. 43 T.U. immigrazione non c'è traccia di esenzioni di sorta al divieto di discriminazione diretta, decisiva è la prescrizione degli artt. 3, comma 3, dei decreti nn. 215 e 216 secondo la quale – in presenza dei requisiti e condizioni integranti la descritta esenzione generale – le differenze di trattamento «non costituiscono atti di discriminazione *ai sensi dell'articolo 2*» (il corsivo è nostro). In tal modo l'applicabilità della esenzione viene *espressamente* disposta anche alle differenze di trattamento oggetto della salvaguardata nozione di discriminazione dell'art. 43 T.U. immigrazione.

L'efficacia della esenzione generale viene poi ribadita «in particolare» con riferimento agli «atti diretti alla esclusione dallo svolgimento di attività lavorativa che riguardi la cura, l'assistenza, l'istruzione e l'educazione di soggetti minorenni nei confronti di coloro che siano stati condannati in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minorile» (l'art. 3, comma 6, ultima parte d.lgs. n. 216/2003).

Si tratta di una disposizione che nulla aggiunge a quanto già deducibile dalla esenzione generale e che, anche in ragione della mancanza del benché minimo collegamento con le disposizioni della Direttiva n. 2000/78/Ce, è stata ritenuta espressione di «pruderie degli estensori» (28) e, in ogni caso, fonte di preoccupazioni in quanto il richiamo alla sola pedofilia insinua il pregiudizio sottostante che collega direttamente questo reato alla omosessualità (29).

com., 1996, p. 1072. Per ulteriori riferimenti in proposito v. Izzi, *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro*, cit., p. 161 e pp. 177 ss. la quale parla in proposito di questioni di «legittimità comunitaria» (p. 180).

(28) Così, Gottardi, *Il diritto antidiscriminatorio e la nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in Fabeni, Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, cit., p. 128.

(29) Cfr. Izzi, *Eguaglianze e differenze nel rapporto di lavoro*, cit., p. 492; Gottardi, *Il diritto antidiscriminatorio e la nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., p. 128; Fabeni, *Norme antidiscriminatorie e il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216: le*

L'efficacia della esenzione sin qui esaminata viene, infine, espressamente circoscritta «nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa» (art. 3, comma 3, d.lgs. nn. 215 e 216 del 2003) con una formula che, pur con qualche ambiguità e ridondanza, assume grande rilievo. Da essa deriva, infatti, che *negli ambiti extralavorativi* ove trovano applicazione i divieti (ex artt. 3, commi 1 e 2, d.lgs. nn. 215 e 216 del 2003) (30) in nessun caso è possibile (e, quindi, legittimo) tenere conto dei fattori di rischio protetti utilizzando i criteri di giustificazione dell'esenzione dalla discriminazione diretta.

3.1. — *La esenzione dalla discriminazione diretta basata sul sesso* — Il panorama normativo muta sensibilmente quando si passa alla disciplina antidiscriminatoria basata sul sesso in quanto non vi è una esenzione «generale» rapportabile a quelle innanzi analizzate, e ciò per una precisa scelta del legislatore comunitario. Invero, pur nella dichiarata volontà di assumere quale parametro di riferimento le direttive antidiscriminatorie di «nuova generazione» (Direttiva n. 2000/43/Ce e Direttiva n. 2000/78/Ce), proprio per quel che concerne l'esenzione collegata alla discriminazione diretta, la Direttiva n. 2002/73/Ce ne delimita la portata – in modo opinabile (31) – alle sole ipotesi di «accesso all'occupazione, inclusa la formazione professionale» (art. 2, par. 6) facoltando gli Stati membri a introdurre disposizioni che consentano di tenere conto della specifica caratteristica di un sesso nei casi in cui, «per la particolare natura delle attività lavorative di cui trattasi o per il contesto in cui esse vengono espletate, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato».

opportunità mancate e le prospettive per una riforma, in Fabeni, Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, cit., p. 107.

(30) Ciò vale per il d.lgs. n. 216/2003 (che si applica all'affiliazione sindacale e alle prestazioni erogate dalle organizzazioni sindacali), ma ancor più per il d.lgs. n. 215/2003 il cui ambito di applicazione include protezione sociale, assistenza sanitaria, prestazioni sociali, istruzione e accesso a beni e servizi incluso l'alloggio: tutti settori e contesti nei quali il divieto di discriminazione diretta opera in via assoluta stante l'espressa esclusione dell'applicabilità della esenzione in esame.

(31) È difficile comprendere la ragione per cui in presenza delle (rigide) condizioni dettate dal legislatore comunitario, il requisito essenziale allo svolgimento della prestazione debba essere preso in considerazione per assumere o licenziare o per accedere alla formazione professionale, e non invece quando serva nell'ambito di un trasferimento, di una promozione ecc.

Fatto sta che il legislatore italiano, dapprima nella legge delega n. 306/2003 (art. 17) e nel d.lgs. n. 145/2005, oggi nel codice delle pari opportunità, ha puramente e semplicemente ignorato l'esenzione, seppure ristretta all'accesso all'occupazione e alla formazione.

Ciò, tuttavia, non significa che la legislazione italiana non ammetta differenze di trattamento basate sul sesso, come si evince dalle esenzioni in origine previste per i soli settori della moda, dell'arte e dello spettacolo (*ex art. 1, legge n. 903/1977*) e successivamente estese a tutti gli altri dall'art. 4, comma 3, legge n. 125/1991 (32).

Entrambe queste disposizioni sono state «riprodotte» nel codice delle pari opportunità confermando così, aldilà della inavvedutezza dimostrata dal legislatore (33), che il nostro ordinamento consente, «nei concorsi pubblici e nelle forme di selezione attuate, anche a mezzo di terzi» di fare riferimento all'uno o all'altro sesso quando il «sesso costituisca requisito essenziale per la natura del lavoro o della prestazione». Emerge, così, una fattispecie di esenzione legale che, con riferimento ai meccanismi pubblici e privati di accesso al lavoro (*alias*, di accesso all'occupazione, secondo la formula comunitaria), garantisce la possibilità di tenere conto del sesso senza incorrere in un comportamento discriminatorio sulla base di requisiti in larga misura equipollenti a quelli previsti dalla Direttiva n. 2002/73/Ce.

Se, infatti, la *natura della prestazione* (al pari della «natura dell'attività lavorativa» della direttiva) evoca il contenuto e la collocazione della posizione di lavoro, la *natura del lavoro* (similmente al «contesto in cui essa [l'attività lavorativa] viene espletata» della direttiva) rinvia ai caratteri oggettivi e agli scopi dell'organizzazione datoriale. Valgono, pertanto, le considerazioni già fatte in proposito (v. par. 3).

Qui va piuttosto rilevato che il codice delle pari opportunità, lasciando inalterata la formula già utilizzata nell'art. 4, comma 3, legge n. 125/1991, ha clamorosamente perso l'occasione di coordinarne il di-

(32) Al sesso sono peraltro collegate le «eventuali deroghe» per mansioni particolarmente pesanti individuate dalla contrattazione collettiva *ex art. 1, comma 4, legge n. 903/1977*, oggi riproposto nell'art. 27, comma 4, del codice delle pari opportunità.

(33) Non operando alcun raccordo né alcuna riformulazione della previgente disciplina, il codice delle pari opportunità propone nell'ordine: prima (art. 27, comma 5) la esenzione generale dell'art. 4, comma 3, legge n. 125/1991, e poi (art. 27, comma 6) quella risalente alla legge n. 903 del 1977 relativa ai soli settori della moda, dell'arte e dello spettacolo, che non ha alcuna ragion d'essere perché assorbita dalla prima. Per le prime notazioni critiche v. Gottardi, *Il nuovo codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *Glav*, 25/2006, pp. 20 ss.

sposto con la Direttiva n. 2002/73/Ce che – come si è visto – condiziona espressamente l'esenzione al rispetto dei *principi* di proporzionalità e di legittimità. È una carenza che si configura formalmente quale inadeguata attuazione della direttiva comunitaria poiché l'art. 27, comma 5, del codice lascia sopravvivere una esenzione non in linea con i rigidi parametri entro i quali la consente la legislazione comunitaria.

Questa conclusione può essere, tuttavia, evitata con una operazione interpretativa che valga a ricondurre il quadro normativo interno a un assetto compatibile con quello comunitario. Invero, la mancata formale prescrizione che la (diretta) considerazione del sesso nell'accesso al lavoro sia legittima solo quando proporzionata (alla natura della prestazione o del lavoro) può forse essere colmata dando peso adeguato all'ampiezza e alla incisività del requisito della essenzialità. Si può, infatti, sostenere che – come il più contiene il meno – l'essenzialità include il giudizio di proporzionalità del requisito considerato (il sesso) rispetto all'impiego da assumere. E ciò a maggior ragione ove si tenga conto che l'essenzialità deve essere valutata con riferimento alla concretezza della fattispecie (34), dando così risalto all'elemento (la concretezza) basilare della proporzionalità.

3.2. — *Esenzioni «generali» dalla discriminazione diretta e clausola di non regresso* — Pur se con affanno, l'esegesi del frastagliato quadro normativo consegnatoci dalla sovrapposizione di diversi apparati normativi consente di arrivare alla configurazione di una esenzione «comune» dalla discriminazione diretta fondata su criteri e requisiti rigorosi e restrittivi che, in fin dei conti, costituiscono la traduzione sul piano normativo di un principio che era già emerso nella giurisprudenza e, ancor prima, nell'analisi dottrinale dei divieti di discriminazione.

Invero, nel vigore dell'art. 15 Stat. lav. (nella formula integrata dalla novella del 1973) e dell'art 43 T.U. immigrazione, non si è mai dubitato che dietro la nettezza del divieto di discriminazione si celassero,

(34) L'essenzialità rinvia alla categoria della indispensabilità e non a quella della mera opportunità della scelta datoriale: cfr., per tutti, Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., p. 254; Scarponi, *Le nozioni di discriminazione*, in Gaeta, Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale*, Giappichelli, 1992, pp. 73-74; Ballestrero, *La nozione di discriminazione nella legge n. 125/91*, in *RCDL*, 1992, pp. 773 ss., per la quale il rigore del requisito dell'essenzialità è tale da escludere ogni possibilità di misurare il comportamento incriminato alla stregua dei parametri medi di razionalità gestionale.

pronte a emergere dalla realtà dei rapporti giuridici, situazioni nelle quali la considerazione dei caratteri personali protetti era non di meno indispensabile per l'esecuzione del contratto di lavoro in considerazione delle caratteristiche proprie della prestazione ovvero di quelle assunte in correlazione alla natura o alla qualità del datore di lavoro (35). Profilo emerso, peraltro, anche sul piano normativo con il ricordato art. 4, comma 3, legge n. 125/1991, che aveva codificato una speciale esenzione dal divieto di discriminazione di genere (36).

Proprio questa constatazione consente di ritenere la disciplina attuativa delle esenzioni dal divieto di discriminazione diretta *sostanzialmente conforme* alla *clausola di non regresso* (37) presente nella Direttiva n. 2000/43/Ce (art. 6, par. 2) e nella Direttiva n. 2000/78/Ce (art. 8, par. 2), a mente della quale: «L'attuazione della presente direttiva non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione contro la discriminazione già predisposto dagli Stati membri nei settori di applicazione della direttiva» (38). L'introduzione in via normativa della e-

(35) Cfr. Ventura, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, cit., p. 92 e pp. 331 ss., il quale collegava altresì il *bona fide occupational qualification* all'art. 1346 cod. civ. e, quindi, al principio secondo cui il contratto non può avere a oggetto una prestazione impossibile (pena la sua nullità); Ghera, *Atti e trattamenti collettivi discriminatori*, cit., pp. 407-409; Iseburg, *Divieti di discriminazione nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 109 ss.; Barbera, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 243-244; Barbera, *La nozione di discriminazione*, cit., p. 72; De Simone, *Dai principi alle regole*, cit., p. 148; Di Paola, *Discriminazioni sul posto di lavoro*, cit., pp. 865-866; Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 175. In giurisprudenza, per fattispecie nelle quali le convinzioni politiche o religiose sono requisito essenziale per lo svolgimento della prestazione (e non costituiscono, perciò, discriminazione) v. Cass., Sez. lav., 16 giugno 1994, n. 5832, in *FI*, 1995, I, 53; Cass., Sez. lav., 5 agosto 1996, n. 7176, in *MGL*, 1996, p. 779; Cass., Sez. lav., 8 luglio 1997, n. 6191, in *MGL*, 1997, p. 882, con nota di Santoni; Pret. Roma 6 novembre 1998, in *Dir. ecclesiastico*, 2000, II, p. 95; Cass., Sez. lav., 4 giugno 2001, n. 13721, in *FI*, 2002, I, 53.

(36) Cfr. Barbera, *La nozione di discriminazione*, cit., p. 72; Ballestero, *La nozione di discriminazione nella legge n. 125/91*, in *q. Riv.*, 1992, pp. 773 ss., per la quale, la essenzialità è un «criterio di stretta *job relatedness*» che, pur se riferito alla discriminazione indiretta, si applica a maggior ragione nei casi di discriminazione diretta (p. 784).

(37) Sulle clausole di non regresso v. Carabelli, Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto*, cit., pp. 95 ss.; Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, cit., p. 45; Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, 2002, 487 ss.; Garofalo, *Le clausole di «non regresso» nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *q. Riv.*, 2004, I, pp. 39 ss.

(38) Si tratta di una clausola riconducibile al modello più rigido di clausola di non regresso perché esclude (formalmente) la possibilità di introdurre modificazioni peg-

senzione, infatti, non contrasta con il preesistente *standard* protettivo assicurato dal nostro ordinamento che, con riferimento ai fattori di rischio già protetti, associava al divieto di discriminazione un diritto vivente capace di collocare fuori dal divieto stesso le medesime fattispecie oggi cristallizzate nei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 (39).

4. — *Le esenzioni «speciali» al divieto di discriminazione diretta: il fattore religioso* — Proprio il previgente diritto vivente induce, viceversa, a ritenere violato il disposto della clausola di non regresso di cui all'art. 8, par. 2, della Direttiva n. 2000/78/Ce, dalla «speciale» esenzione dal divieto di discriminazione diretta a motivo della religione o delle convinzioni personali. Il riferimento è all'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 216/2003 secondo il quale: «Non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti od organizzazioni o per il contesto in cui esse sono esplesate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività».

Sul punto è bene chiarirsi subito in quanto la conformità o meno all'obbligo di *stand still* posto dalla direttiva (40) concerne tutti quegli aspetti e profili della norma in esame che ampliano i margini «ordinari» di operatività dell'esenzione, che, come si è detto, è governata dai criteri di proporzionalità e ragionevolezza ed è commisurata alla essenzialità del requisito soggettivo (ordinariamente) protetto in re-

giorative in sede di attuazione frutto della «evoluzione della situazione»: ma v. Carabelli, Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, cit., pp. 600-605, i quali escludono tuttavia che ciò valga a cristallizzare la situazione normativa esistente.

(39) V. le puntuali osservazioni sul punto di Bellocchi, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., pp. 181-183, ove l'Autore afferma che il silenzio del legislatore dell'art. 15 Stat. lav. (colmato dalle esenzioni delle Direttive del 2000) non è altro che l'espressione del principio che fa della fedeltà ideologica un modo di essere dell'ordinario problema della permanenza dell'interesse del creditore al mantenimento (o allo svolgimento) del contratto.

(40) Si tratta, peraltro, di un obbligo che risulta specificamente rafforzato dall'art. 4, par. 2, della Direttiva n. 2000/78/Ce il quale, nel prevedere proprio la speciale esenzione in esame, ne condiziona espressamente l'attuazione al fatto che, alla data di adozione della direttiva medesima, negli Stati membri sia già in vigore una legislazione nazionale o una prassi che detta esenzione preveda e consenta.

lazione alla natura della prestazione di lavoro (considerata in sé ovvero nel contesto organizzativo/produttivo datoriale) (41).

In altri termini, accertato (per le ragioni sopra segnalate) il rispetto della clausola di non regresso con riferimento alla esenzione generale che consente, alle condizioni stabilite, trattamenti differenziati basati (anche) sulla religione e sulle convinzioni personali, ciò che appare in contrasto con l'obbligo di *stand still* è l'ampliamento della legittimazione a differenziare introdotta dalla norma in esame che, in definitiva, sembra «allargare» la portata della esenzione generale.

Mentre quest'ultima – come si è visto – fonda la legittimità dei trattamenti differenziati connettendo i requisiti della proporzionalità e della essenzialità della caratteristica personale considerata (in ipotesi, la religione e le convinzioni personali) alla «attività lavorativa», l'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 216/2003 pare affermare la legittimità dei trattamenti differenziati connettendo i medesimi requisiti alle «attività professionali svolte da enti (religiosi) e organizzazioni pubbliche o private».

In tal modo, la norma assume contorni indefinibili in quanto *sembra aggiungere* alla esenzione generale la possibilità di tenere sempre conto della religione e delle convinzioni personali dei lavoratori (42). Ciò in quanto organizzazioni pubbliche e private che connotano la propria attività con riferimento al fattore religioso – essenziale, e perciò caratterizzante la loro *mission*, ovvero lo specifico *contesto* in cui operano – avranno *in ogni caso* titolo a stabilire tra i lavoratori differenze di trattamento basate sulla religione, a prescindere dalla sussistenza e dal grado di attinenza dell'attività lavorativa concretamente richiesta alla realizzazione della propria attività a connotazione religiosa. In definitiva, ai fini della speciale esenzione in esame, l'importante è che l'apparte-

(41) Come hanno osservato Carabelli, Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, cit., p. 614, la comparazione (ai fini della verifica del rispetto della clausola di non regresso) va effettuata istituto per istituto e, quindi, nella specie, con riferimento alla disciplina (previgente l'attuazione della direttiva) in materia di esenzione dal divieto di discriminazione diretta fondata sulle convinzioni religiose.

(42) Per il medesimo ordine di preoccupazioni, Viscomi, *Osservazioni critiche su lavoro e «tendenza» nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., pp. 585-587; Bellocchi, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., pp. 188-190; Lepore, *La parità nell'occupazione e nelle condizioni di lavoro*, in *Dir. giust.*, 2003, p. 94; Di Paola, *Discriminazioni sul posto di lavoro...*, cit., p. 878; Calafa, *Le direttive antidiscriminatorie di «nuova generazione»: il recepimento italiano*, in *Studium iuris*, 2004, p. 879.

nenza religiosa sia elemento essenziale in riferimento alla natura (non della prestazione lavorativa richiesta ma) dell'attività svolta dal datore di lavoro o del contesto in cui essa si svolge di modo che risulta radicalmente eliminata la connessione necessaria e proporzionale tra attività datoriale e attività lavorativa che caratterizza l'esenzione generale.

Oltre a violare la clausola di non regresso, l'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 216/2003, si pone altresì in contrasto con la stessa esenzione speciale prevista dalla Direttiva n. 2000/78/Ce che, per un verso, si basa sulla considerazione della specificità della «attività lavorativa» (a differenza della norma interna di attuazione che dà esclusivo risalto, come si visto, alle esigenze dell'attività del datore di lavoro) e, per altro verso, qualifica il riferimento alle attività professionali degli organismi pubblici e privati (a connotazione religiosa) specificando che deve trattarsi di soggetti «la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali»; connotato del tutto assente nella norma attuativa (43).

Ne deriva che la speciale esenzione dell'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 216/2003, risulta altresì in contrasto con l'art. 76 Cost. in quanto – come si è detto – le prescrizioni della Direttiva n. 2000/78/Ce assumono, per effetto del rinvio a esse operato dalla legge delega n. 39/2002, il valore di altrettanti *principi* e criteri direttivi vincolanti per il legislatore delegato.

4.1. — Segue: *I fattori della «idoneità al lavoro» e della «età»* — Delle altre esenzioni speciali (perché connesse a specifici fattori di rischio) dal divieto di discriminazione diretta contenute nel d.lgs. n. 216/2003, la prima ha un contenuto poco chiaro. Afferma, infatti, l'art. 3, comma 4 (prima parte), che: «Sono, comunque, fatte salve le disposizioni che prevedono accertamenti di idoneità al lavoro per quanto riguarda la necessità di una idoneità a uno specifico lavoro».

(43) Cfr. Fabeni, *Norme antidiscriminatorie e il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216: le opportunità mancate e le prospettive per una riforma*, cit., pp. 106-107. Nonostante lo sbrigativo (e immotivato) giudizio di chi ha ritenuto l'attenzione a questi profili viziata da posizioni fortemente ideologiche (De Simone, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., p. 719, nota 36), ritengo – in ciò confortato da una larga produzione scientifica e culturale – che in una società multietnica il fattore religioso e la sua utilizzazione quale legittimo criterio di differenziazione nel contesto civile (e del lavoro) vadano attentamente soppesati e rigorosamente delimitati: cfr. per l'analisi del rapporto tra credo religioso e contratto di lavoro, v. Bellocchi, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., pp. 185 ss.; Viscomi, *Osservazioni critiche su lavoro e «tendenza» nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., pp. 581 ss.

L'inutilità della salvaguardia degli accertamenti di idoneità al lavoro necessari a svolgere... un lavoro (ancorché speciale), non necessita di commenti. Difficile è, poi, ipotizzare la relazione tra tali accertamenti e la esenzione generale dalla discriminazione diretta (44), salvo forse a prospettarla in relazione al fattore di rischio dell'*handicap* e, quindi, alle ipotesi in cui il grado dell'*handicap* debba essere valutato sul piano medico-legale per accertare che vi siano i requisiti di abilità essenziali e determinanti per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Si tratta, tuttavia, di una relazione stentata e, comunque, di una disposizione del tutto inadeguata a cogliere il delicato equilibrio tra *handicap* e idoneità al lavoro che, non a caso, è oggetto di ben altra regolamentazione (dalla legge n. 104/1992 e alle diverse norme speciali per specifiche condizioni di disabilità) (45).

Altra questione è poi quella dei casi in cui l'effetto svantaggioso per i portatori di *handicap* sia il frutto (non della considerazione diretta del fattore di rischio, ma) di criteri neutri; questione alla quale è dedicata un'apposita disposizione nell'ambito della regolamentazione della discriminazione indiretta (e della relativa esenzione: v. par. 3).

Più chiara e diretta è l'altra esenzione speciale ove si stabilisce che «Parimenti, non costituisce atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette [religione, convinzioni personali, *handicap*, età, orientamento sessuale] ove esse assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati a esercitare» (art. 3, comma 3, ultimo capoverso, d.lgs. n. 216/2003).

(44) A differenza di quanto potrebbe ipotizzarsi con riferimento al sesso (estraneo all'applicazione della disposizione in esame), specie ove pensi ad es. agli accertamenti sulla gravidanza della lavoratrice ai fini della idoneità al lavoro o, addirittura, al contratto (a termine): cfr., per tutti, Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., pp. 71 ss.

(45) In proposito, va segnalato che il d.lgs. n. 67/2006 («Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni»), pur introducendo apposite nozioni di discriminazione (diretta e indiretta) e di molestia con riferimento al fattore di rischio della disabilità, nel definire il proprio ambito di applicazione, fa salve le disposizioni del d.lgs. n. 216/2003 in riferimento alla discriminazione in pregiudizio dei disabili «relative all'accesso al lavoro e sul lavoro». Ne deriva che la disciplina così introdotta assume specifico e rilevante significato con riferimento agli ambiti di applicazione non inclusi nell'operatività dei divieti di cui al d.lgs. n. 216/2003. Sul delicato rapporto tra produttività, disabilità e differenze di trattamento, v. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 572-573, con una impostazione, tuttavia, che dovrà essere probabilmente rivista alla luce del nuovo dettato normativo.

Si tratta di una disposizione particolarmente delicata in quanto opera un netto ampliamento dei margini di operatività della esenzione generale di cui alla prima parte del comma 2 dell'art. 3, d.lgs. n. 216/2003. Essa, infatti, consente la considerazione di tutti i *fattori* di rischio quando essi siano *meramente rilevanti* (e non, invece, essenziali e determinanti) ai fini della idoneità allo svolgimento (non della prestazione di lavoro, ma) delle *funzioni* proprie delle forze armate e dei servizi di polizia, penitenziari e di soccorso (46).

L'effetto è quello di rendere astrattamente ammissibile la valutazione dei requisiti soggettivi ordinariamente «protetti» sulla base di un blando giudizio di rilevanza che, privo del necessario collegamento con la concretezza dell'attività lavorativa richiesta al lavoratore «discriminato» (*melius*, diversamente trattato), inclina pericolosamente in un *pre-giudizio* perché arbitrariamente ancorato alla astratta compatibilità con le «funzioni» degli apparati individuati.

Peraltro, a supporto di questa esenzione speciale non può essere richiamata neppure la Direttiva n. 2000/78/Ce che, seppure in modo criticabile, consente agli Stati membri di «prevedere che la presente direttiva, nella misura in cui attiene alle discriminazioni fondate sull'*handicap* e sull'età, non si applichi alle forze armate» (art. 3, par. 4). Doppia limitazione, quindi, per fattori di rischio (*handicap* ed età) e per settore (soltanto forze armate), della quale non vi è traccia nell'art. 3, comma 2, capoverso, d.lgs. n. 216/2003.

Ne deriva – stante il meccanismo già descritto – la sua evidente illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost., sia nella parte in cui estende la speciale esenzione a settori diversi dalle forze armate, sia nella parte in cui, con riferimento a tale settore, consente di tenere conto di fattori di rischio diversi dall'*handicap* e dall'età.

Un'analisi di dettaglio (qui impossibile) meriterebbe, poi, la esenzione speciale, così ridimensionata, in relazione al rispetto della clausola di non regresso della direttiva (e, quindi, della legge delega che l'ha recepita). Tuttavia, il fatto che, tra le norme in tema di ambito di applicazione, sia prevista espressamente la salvaguardia di «tutte le disposizioni vigenti in materia di [...] forze armate, limitatamente ai fattori di età e di *handicap*», può forse indurre a concludere che i margini di operatività

(46) Cfr. Amato, *Il divieto di discriminazioni per motivi non di genere in materia di lavoro*, cit., p. 287; De Simone, *I requisiti occupazionali*, cit., pp. 143-144; Ferraro, Gentile, *Le eccezioni all'applicazione del principio di parità di trattamento*, cit., pp. 166-167.

della speciale esenzione «ridimensionata» siano segnati dai limiti posti nella considerazione dell'*handicap* e dell'età nella *disciplina* (in materia di forze armate) *vigente* al momento di attuazione della direttiva.

Di grande interesse, infine, è la speciale esenzione prevista dall'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 216/2003, ove, proclamato il divieto di discriminazione, si dispone che: «Sono, comunque, fatte salve le disposizioni [...] che prevedono la possibilità di trattamenti differenziati in merito agli adolescenti, ai giovani, ai lavoratori anziani e ai lavoratori con persone a carico, dettati dalla particolare natura del rapporto e dalle legittime finalità di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale».

La possibilità di differenziare il trattamento in base all'età del lavoratore (47) (adolescente, giovane, anziano), oltre che per le condizioni sociali espresse dalle «persone a carico» (48), è ancorata a due «giustificazioni» di diverso contenuto e impatto accomunate dal fatto di risultare di dubbia legittimità in relazione alle disposizioni della Direttiva n. 2000/78/Ce e, quindi, della legge delega n. 39/2002.

Così è per la prima, che ricollega la legittimità di trattamenti differenziati per età alla «particolare natura del rapporto» introducendo così un criterio tanto oscuro (perché ancorato a elementi di incerta configurazione come la *natura del rapporto*) quanto privo di paramenti di

(47) Sul tema, in generale, v. Waddington, Bell, *More equal than others: distinguishing European Union equality directives*, cit., p. 599; Meenan, *Age equality after the employment directive*, in *MJECL*, 2003, p. 9; Redman, *Too old or too young? The impact of perceived age discrimination*, in *HRMJ*, 2003, p. 78; Novella, *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, in *Lav. dir.*, 2004, pp. 557 ss., spec. pp. 562-564. Cf. altresì sul punto il recente e importante pronunciamento di Corte di Giustizia Ce, 22 novembre 2005, C-144/04, Mangold c. Rüdiger, in <http://curia.eu.int/jurisp>. (v. oltre nota 51).

(48) Si tratta, con tutta evidenza, di un elemento che non è direttamente collegato a nessuno dei fattori di rischio disciplinati dal d.lgs. n. 216/2003 la cui presenza, nella norma diretta a individuare una fattispecie di esenzione dal divieto di discriminazione (che, appunto, non riguarda i lavoratori con persone a carico), è giustificata dal fatto che a tale categoria di soggetti fa espresso (e oscuro) riferimento la Direttiva n. 2000/78/Ce (art. 6, par. 1, lett. *a*). In proposito si può solo ribadire quanto già sostenuto a proposito della identica formula utilizzata nella Direttiva n. 2000/78/Ce (cfr. Chieco, *Le nuove direttive...*, cit., p. 104) sicché per dare un senso all'inclusione – tra le (legittime) disparità legate all'età – di quella connessa ai carichi familiari, si deve ipotizzare che il legislatore abbia pensato al fatto che, ordinariamente, sono i lavoratori di media età ad avere persone a carico, con la conseguenza che risulteranno legittime disposizioni a vantaggio di lavoratori con persone a carico anche quando favoriscano i lavoratori di media età *in danno* di quelli più giovani o più anziani.

giustificatezza (quando e in che misura la natura del rapporto è *particolare*), che allarga del tutto immotivatamente i margini di operatività di quella esenzione generale dalla discriminazione diretta (v. par. 3) atinenti anche al fattore di rischio della età.

Oltre che intrinsecamente irragionevole, tale esenzione risulta in palese contrasto con l'art. 6, par. 1, della Direttiva n. 2000/78/Ce – che non la prevede affatto (v. *infra*) – e, quindi, con l'art. 76 Cost. per effetto del rinvio secco alla direttiva (più volte ricordato) disposto dalla legge delega n. 39/2002.

Una sorte non diversa sembra profilarsi in relazione all'altra esenzione dalla discriminazione diretta basata sull'età, che l'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 216/2003, fonda sul perseguimento di finalità *legittime* di politica del lavoro, mercato del lavoro e formazione professionale. Se, infatti, le aree normative entro le quali operare differenziazioni di trattamento basate sull'età sono rispondenti a quelle elencate dal legislatore comunitario (49), l'esclusivo riferimento alla legittimità della finalità quale parametro di giustificazione di tali differenziazioni è del tutto insufficiente in quanto l'art. 6, par. 1, della Direttiva n. 2000/78/Ce esige altresì che «i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari». In altri termini, lo scopo di incrementare l'accesso all'occupazione, *ex se*, non giustifica trattamenti differenziati per età che, secondo il legislatore comunitario, devono essere altresì necessari e proporzionati (50) per collocarsi fuori dall'area del divieto di discriminazione. Operando come ha fatto, il legislatore italiano ha introdotto un meccanismo astratto e generale di legittimazione delle differenze di trattamento basate sull'età decisamente contrario a quello prescritto dalla direttiva comunitaria che impone valutazioni di ragionevolezza e di adeguatezza in modo da assicurare e qualificare l'inscindibile nesso (ai fini della legittimità delle differenziazioni) tra lo scopo perseguito e la misura concretamente adottata (51). Di

(49) Che, peraltro, individua in maniera analitica – ma non esaustiva – quali possano essere gli istituti (accesso all'occupazione e al lavoro, licenziamento, retribuzione) e le condizioni (esperienza professionale, anzianità di lavoro, tempo mancante al pensionamento ecc.) in riferimento ai quali prevedere disparità di trattamento.

(50) Si tratta di una esenzione dalla discriminazione diretta che, nella formula della direttiva, allarga i margini di operatività della esenzione generale e si avvicina a quella prevista per la esenzione dalla discriminazione indiretta (v. par. 6).

(51) Cfr., Borrelli, *Diritto europeo, Normativa antidiscriminatoria e aiuti di Stato*, in *DLRI*, 2005, pp. 291 ss., spec. pp. 306 ss. Estremamente significativa è, in proposito, la sentenza della Corte di Giustizia 22 novembre 2005, causa C-144/04,

qui, come si è anticipato, la illegittimità costituzionale *ex art. 76 Cost.* anche di tale esenzione per contrasto con la legge delega n. 39/2002.

Al di là di tale (pur importante) aspetto, è però necessario qui segnalare il valore di «sistema» di questa disposizione (seppure «monca», come visto) proprio in considerazione del suo fondamento in una «regola» europea, che l'ordinamento interno dovrà meglio recepire in virtù degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione.

Vi è, infatti, che dei molti requisiti attinenti alla persona, protetti dalla normativa antidiscriminatoria e, nello stesso tempo, astrattamente sussumibili nella categoria dei lavoratori svantaggiati nel mercato del lavoro, solo l'età della persona del lavoratore (adolescente, giovane, anziano) ammette che, per finalità – in senso lato – di politica del lavoro, una persona sia trattata meno favorevolmente di un'altra (52). In altri termini, gli altri fattori di rischio «protetti» dalla normativa antidiscriminatoria (e tra questi, in particolare, razza, etnia, sesso, *handicap*) non sono utilizzabili, in maniera diretta o implicita, nell'ambito di politiche occupazionali ove queste – ad es. per agevolarne l'occupazione – assumano contenuti tali da associarvi l'attribuzione di trattamenti di minor favore.

La conclusione è, come si accennava, di grande spessore (53) in quanto costringe il legislatore interno a rivedere (pena l'inosservanza dell'ob-

Mangold, cit., la quale, proprio in ragione della carenza degli elementi di giustificazione e proporzionalità, ha dichiarato la non conformità all'art. 6 della Direttiva n. 2000/78/Ce della legge tedesca per l'incremento dell'occupazione nella parte in cui prevede che i lavoratori che hanno compiuto 52 anni possono stipulare contratti a termine senza che siano condizionati alla sussistenza di ragioni obiettive di giustificazione della temporaneità del rapporto (necessarie per i contratti a termine di tutti gli altri lavoratori).

(52) Cfr., M. Novella, *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, cit., pp. 560 ss.; M. V. Ballestrero, *Introduzione a I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale* (a cura di Ballestrero e Balandi), il Mulino, Bologna, 2005, pp. 7 ss., spec. pp. 33-39; e con riferimento alle donne, G. De Simone, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, in Ballestrero, Balandi, *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, cit., p. 46. Di diverso avviso sembra, invece, A. Niccolai, *La nozione di lavoratore svantaggiato: Analisi della categoria «svantaggio sociale» nella disciplina del mercato del lavoro*, in Ballestrero, Balandi, *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, cit., pp. 71 ss., spec. pp. 90-91, il quale tuttavia trascura a mio avviso la perentorietà del dato normativo delle direttive antidiscriminatorie viceversa convincentemente ed esaustivamente messo a fuoco da Novella, *op. ult. cit.*, pp. 560 ss.

(53) Ovviamente, la ricostruzione avanzata nel testo non tocca, ove presenti, strumenti propri delle norme antidiscriminatorie e di parificazione, come le azioni posi-

bligo di uniformarsi alla Direttiva n. 2000/78/Ce) talune disposizioni interne (come ad es. l'art. 13, d.lgs. n. 276/2003) e pone un punto fermo – perché normativo – e generale – perché europeo – nell'escludere la possibilità che i fattori soggettivi di rischio della legislazione antidiscriminatoria possano essere considerati quali requisiti di accesso a *differenze deficitarie* (54), al cd. *diritto diseguale ablativo* (55), seppure in funzione di misure promozionali dell'occupazione.

4.2. — *La esenzione speciale di cui all'art. 10, d.lgs. n. 276/2003* — Come si è già visto, l'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, sembra contenere un divieto, a carico delle agenzie di lavoro, di svolgere indagini e, quindi, di discriminare i lavoratori nell'attività di preselezione sulla base di dati personali che, in gran parte, coincidono con i fattori di rischio oggetto dei divieti generali di discriminazione (*ex* d.lgs. n. 215/2003; d.lgs. n. 216/2003; T.U. immigrazione; legge n. 125/1991).

Si è altresì evidenziato che la incerta formulazione di questa norma speciale e la sua sovrapposizione con l'oggetto e con l'ambito di applicazione dei divieti generali di discriminazione porta a concludere che anche l'attività di selezione rientra nell'ambito di applicazione di questi ultimi, residuando all'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, margini di operatività nella lotta alle discriminazioni limitatamente ai fattori di rischio protetti in via esclusiva dalla norma stessa (stato di salute e controversie di lavoro con il precedente datore di lavoro) e con riferimento esclusivo all'attività di *preselezione* dei lavoratori.

Ebbene, in questo quadro può essere rapidamente esaminata l'amplessima esenzione ai divieti di indagine e di discriminazione introdotta dall'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, che scatta quando le caratteristiche personali protette (convinzioni personali, affiliazione sindacale o politica, cre-

tive. La delicatezza del rapporto/confitto tra fattori soggettivi di rischio presi in considerazione contemporaneamente da discipline delle pari opportunità per porre in essere *preferential treatment* e da discipline dedicate ai lavoratori svantaggiati per promuovere *detrimental treatment*, è esemplarmente indicata e riassunta da Ballestrero, *Introduzione*, cit., pp. 30 ss. Sul punto, peraltro, di grande interesse è l'indagine (convergente seppure sviluppata da una diversa prospettiva) di Borrelli, *Diritto europeo, Normativa antidiscriminatoria e aiuti di Stato*, cit., pp. 303 ss.

(54) Come efficacemente le chiama De Simone, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, cit., p. 44.

(55) Per l'uso di questa espressione sintetica entro cui collocare le norme che introducono trattamenti sfavorevoli fondati su politiche di pari opportunità, M. Novella, *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, cit., pp. 557 ss.

do religioso, sesso, orientamento sessuale, stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, età, *handicap*, razza, origine etnica, colore, ascendenza, origine nazionale, gruppo linguistico, stato di salute, eventuali controversie con il precedente datore di lavoro) «incidono sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa o costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa».

Si tratta di una esenzione che, mentre nella seconda parte richiama quella «ordinaria» già esaminata, apre, nella sua prima parte, uno spazio pressoché illimitato alle indagini (legittime) e alle differenziazioni (legittime) nell'attività di preselezione dei lavoratori. A porre nel nulla il divieto basta, infatti, che i requisiti soggettivi elencati influiscano, in misura non precisata e quindi liberamente determinabile, sul modo di eseguire la prestazione oppure, più in generale, sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa (56). E a dare ulteriore peso a questa esenzione sovviene il comma 2 dell'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, lì dove precisa che divieti ed esenzioni previsti nel comma 1 «non possono in ogni caso impedire ai soggetti di cui al medesimo comma 1 di fornire specifici servizi o azioni mirate per assistere le categorie di soggetti svantaggiati nella ricerca di una occupazione».

Nel complesso, ai limitati fini di questa analisi, emerge un quadro che, per effetto dell'indeterminata ampiezza delle esenzioni, conferma l'incompatibilità di questa norma (*melius*, del parte in cui implicitamente sanziona una condotta discriminatoria) (57) con le norme antidiscriminatorie generali e relative esenzioni (v. *supra*) che, pertanto, varranno a determinare in quali casi e a quali condizioni le agenzie di lavoro (ovvero tutti gli altri soggetti pubblici e privati abilitati) potranno legittimamente selezionare i lavoratori sulla base dei fattori di rischio protetti.

In definitiva, l'applicazione dell'amplissima esenzione dell'art. 10, d.lgs. n. 276/03, è segnata dal limitatissimo (v. *supra*) ambito di appli-

(56) Sul punto cfr. le considerazioni svolte da Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., p. 395.

(57) Ma a conclusioni non dissimili deve giungersi per quello che concerne la disciplina sul trattamento dei dati personali dell'art. 10, d.lgs. n. 276/03, che, proprio con riferimento all'esenzione in questione (questa volta riferita ai limiti legali al trattamento dei dati personali dei candidati all'instaurazione di un rapporto di lavoro), si pone in chiaro e insanabile contrasto con il codice della *privacy*: cfr., A. Bellavista, *L'incontro tra domanda-offerta di lavoro e il trattamento dei dati personali*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, pp. 39 ss., spec., pp. 46-47. Il collegamento tra i limiti posti alle indagini sul lavoratore e il divieto di discriminazione esula, ovviamente, dalla nostra indagine ma costituisce, sen-

cazione del precetto antidiscriminatorio ivi contenuto e, perciò, risulta perimetrata ai soli due fattori di rischio presi in esame *in via esclusiva* dalla norma (stato di salute e controversie di lavoro con il precedente datore di lavoro) e alla sola attività di *preselezione* dei lavoratori.

Peraltro questo (modestissimo) risultato è destinato a essere ulteriormente inciso dalle stringenti e cogenti regole contenute nel codice della *privacy* (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) che governano l'azione delle agenzie per il lavoro a monte dell'attività *preselettiva* di cui si è detto (entro la quale opera il precetto antidiscriminatorio e l'esenzione esaminati), e precisamente nella fase di acquisizione delle informazioni sul lavoratore (o aspirante tale). Invero, quando tali informazioni concernono lo stato di salute appartengono, com'è noto, alla categoria dei dati personali sensibili che possono essere acquisiti (e quindi utilizzati) dalle agenzie per il lavoro solo nei limiti dell'autorizzazione generale del Garante per la protezione dei dati personali n. 5/2005, a mente della quale «il trattamento può riguardare i dati idonei a rivelare lo stato di salute [...] dei candidati all'instaurazione di un rapporto di lavoro o di collaborazione, solo se la loro raccolta è giustificata da scopi determinati e legittimi ed è strettamente indispensabile per instaurare tale rapporto» (Capo IV, par. 2).

Ne deriva che nell'attività di *preselezione* le agenzie per il lavoro, ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 276/03, non potranno acquisire e tanto meno utilizzare informazioni sulla salute dei candidati all'assunzione di un rapporto di lavoro al di fuori dei casi in cui ciò sia giustificato da uno scopo determinato e legittimo e (cosa ancor più rilevante ai nostri fini) sia altresì *strettamente indispensabile* per instaurare uno specifico rapporto di lavoro. Si tratta di condizioni che evocano, quasi alla lettera, quelle poste per la operatività della esenzione generale dal divieto di discriminazione diretta (58) (v. par. 3), lasciando intra-

za dubbio, una questione di grande interesse e spessore sin dallo Statuto dei lavoratori (ove il rapporto tra art. 8 e art. 15) che, anche in virtù dell'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, ma più in generale per effetto della legislazione in materia di trattamento dei dati personali, ha assunto nuovi e complessi profili regolativi e problematici. V. in proposito, Chieco, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Cacucci, Bari, pp. 38 ss.; Bellavista, *I poteri dell'imprenditore e la privacy del lavoratore*, in *DL*, 2002, I, pp. 176 ss. Più in generale, Aimo, *Privacy, libertà di espressione, e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003; Trojsi, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 79 ss.

(58) La *stretta indispensabilità* del dato personale sensibile ai fini della sua legittima acquisizione non è requisito qualitativamente diverso dalla *essenzialità* del medesimo dato personale sensibile ai fini della sua legittima utilizzazione senza incorrere

vedere una connessione di grande interesse il cui esame esula, tuttavia, dai limiti di questo lavoro (59).

5. — *Le nozioni di discriminazione indiretta* — Le nozioni di discriminazione indiretta rappresentano l'esito della struttura della fattispecie disegnata dalle direttive di nuova generazione.

Così è, in particolare, per la definizione contenuta nei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003, la quale, pur concernendo fattori di rischio profondamente diversi tra loro, è formulata negli stessi termini e costituisce la traduzione letterale di quella contenuta nelle Direttive n. 2000/43/Ce (art. 2, par. 2, lett. *b*), e n. 2000/78/Ce (art. 2, par. 2, lett. *b*). Essa si configura, infatti, quando «una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento, apparentemente neutri possono mettere» le persone di una determinata razza od origine etnica (d.lgs. n. 215/03) oppure appartenenti a una determinata religione o ideologia, o portatrici di *handicap*, ovvero con una particolare età od orientamento sessuale (d.lgs. n. 216/03), «in una posizione di particolare svantaggio rispetto alle altre persone».

Peraltro, proprio confrontando queste nozioni (e quelle delle Direttive del 2000 che le hanno ispirate) con la definizione di discriminazione indiretta di genere contenuta nella Direttiva n. 97/80/Ce (60) e, ancor più, nell'art. 4, comma 2, legge n. 125/1991 (61), si ap-

nel divieto di discriminazione. Il tutto, peraltro, senza dimenticare che la comunanza dei dati personali cui fanno riferimento il codice della *privacy* e la normativa antidiscriminatoria va ben oltre lo stato di salute.

(59) Per alcune prime indicazioni, Bellavista, *L'incontro tra domanda-offerta di lavoro e il trattamento dei dati personali*, cit., pp. 49-51; M. Ricci, *Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori nel mercato del lavoro*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di Miscione, Ricci, Ipsoa, 2004, pp. 232 ss., spec. pp. 240 ss.; P. Tullini, *Divieti di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 145 ss., spec. pp. 147-148; G. Zilio Grandi, *Divieto di indagini sulle opinioni e sui trattamenti discriminatori*, in Perulli, Gragnoli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, pp. 178 ss.

(60) L'art. 2, par. 2, stabiliva, infatti, che «sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri colpiscono una quota nettamente più elevata di individui d'uno dei due sessi a meno che...». Si tratta di una nozione «aggiornata» — come si vedrà — da quella introdotta dall'art. 2 dalla Direttiva n. 2002/73/Ce.

(61) Prima della modificazione introdotta dal d.lgs. n. 145/2005 (v. *infra*), l'art. 4, comma 2, legge n. 125/2001, stabiliva che «costituisce discriminazione indiretta ogni

prezza – oltre alla comune ispirazione anche – il significativo aggiornamento che esse apportano (62). Nelle nozioni dei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003, infatti, viene anzitutto eliminato ogni riferimento alla soglia quantitativa dei soggetti a rischio colpita dall'effetto sfavorevole che, pertanto, potrà essere ritenuto discriminatorio a prescindere dal fatto che colpisca *in modo proporzionalmente maggiore* le (ovvero una *quota nettamente più elevata* di) persone «protette» rispetto a quelle «normali». In tal modo, l'elemento quantitativo perde rilievo e il fuoco della nozione si sposta dal gruppo all'individuo (63). In secondo luogo, queste nuove nozioni, ripetendo implicitamente quanto esplicitamente stabilito per la discriminazione diretta (v. *supra*), rendono possibile qualificare in termini discriminatori l'effetto svantaggioso non solo attuale ma anche meramente ipotetico (64).

Del resto una espressa conferma di quest'ordine di considerazioni è venuto dall'art. 2, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 145/2005, che, dando attuazione alla nozione aggiornata introdotta dalla Direttiva n. 2002/73/Ce sulla parità di trattamento tra uomini e donne (costruita in termini letteralmente identici a quelli delle Direttive n. 2000/43/Ce e n.

trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso...».

(62) Cfr., seppure con diversi approcci e accenti, Guild, *The E.C. Directive on Race Discrimination...*, cit., pp. 420 ss.; Skidmore, *E.C. framework directive on equal treatment in employment: towards a comprehensive community anti-discrimination policy?*, in *ILR*, n. 30, 2001, p. 128; Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., p. 411; Di Paola, *Discriminazioni sul posto di lavoro*, cit., 869; Ballestrero, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, cit., pp. 515-516; Amato, *Il divieto di discriminazione per motivi non di genere in materia di lavoro*, cit., pp. 276-277; De Simone, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., p. 725; Gottardi, *Il diritto antidiscriminatorio e la nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., pp. 121-123 ss.; Izzi, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., pp. 151 ss.

(63) Cfr., con riferimento alle nozioni comunitarie, Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sui divieti di discriminazione*, cit., pp. 89-90, e *ivi* per richiami alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha configurato l'irrelevanza del numero di individui colpiti dall'effetto sfavorevole; Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., p. 411, e *ivi* per ulteriori riferimenti bibliografici. Sottolinea, invece, che a seguito della nuova nozione di discriminazione indiretta sia passi «da una definizione meramente quantitativa a una cumulativa che comprende anche aspetti qualitativi», Gottardi, *Il diritto antidiscriminatorio e la nozione di discriminazione*, cit., p. 122, ma già in questi termini De Simone, *La nozione discriminazione diretta e indiretta*, cit., pp. 731-732.

(64) Come si evince dal fatto che l'effetto svantaggioso provocato dal criterio (neutro ma) discriminatorio «può essere» e non necessariamente «è».

2000/78/Ce) (65), ha stabilito che si ha discriminazione indiretta «quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento, apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto ai lavoratori dell'altro sesso»; definizione oggi proposta nell'art. 25, comma 2, del codice delle pari opportunità. In tal modo, il legislatore interno ha opportunamente esplicitato (interpretando così una nozione comunitaria identica nelle tre Direttive antidiscriminatorie di «nuova» generazione del 2000 e 2002) che i criteri neutri a effetto discriminatorio sono sia quelli che «mettono», sia quelli che «possono mettere» la lavoratrice o il lavoratore in una situazione di particolare svantaggio (66).

Come già per la discriminazione diretta, anche la regolamentazione delle fattispecie di discriminazione indiretta dei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 presenta qualche dualismo regolativo di troppo a causa della espressa salvaguardia dell'art. 43, commi 1 e 2, d.lgs. n. 286/1998 (T.U. immigrazione).

Vi è, infatti, che, accanto a una definizione generale (art. 43, comma 1, T.U. immigrazione) che ricollega ogni manifestazione discriminatoria (diretta e indiretta) allo scopo o all'effetto di ledere diritti fondamentali della persona (poco significativa ai nostri fini: v. par. 2), l'art. 43 T.U. immigrazione, alla lettera *e* del suo comma 2, contiene una nozione di discriminazione indiretta (oltre che diretta, come si è visto) espressamente dedicata al datore di lavoro e ai suoi preposti, e consistente in «qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza a una razza, a un gruppo etnico o linguisti-

(65) In proposito, De Simone, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., pp. 731-732, sottolinea che la diversità tra la nozione di discriminazione indiretta della Direttiva n. 2002/73 e quella già oggetto della Direttiva n. 97/80/Ce, non modificata, induce un dualismo foriero di pericolose incertezze interpretative che rendono necessario un intervento comunitario chiarificatore. Tuttavia, in attesa di questo opportuno intervento, la prevalenza della nozione di discriminazione prevista dalle più recenti direttive, rispetto a quelle precedenti (pur mancando nel Trattato Ce una regola espressa di prevalenza dello *ius superveniens* tra le fonti derivate), può essere risolto in base al generale principio di libertà di modifica normativa del legislatore comunitario, che si riflette sugli ordinamenti interni in virtù dell'obbligo di attuare le medesime direttive. Sul rapporto tra le fonti di diritto comunitario v. Conforti, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2005; Pocar, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, 2004.

(66) Cfr., Bonardi, *Attuata la direttiva comunitaria 73/2002/Ce. Le novità in materia di discriminazioni e molestie sessuali*, in <http://www.cgil.it/giuridico/>, 4.

co, a una confessione religiosa, a una cittadinanza», con l'ulteriore precisazione che «costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti a una determinata razza, a un determinato gruppo etnico o linguistico, a una determinata confessione religiosa, o a una cittadinanza».

Siamo innanzi a una definizione costruita nel 1998 a immagine e somiglianza di quella dell'art. 4, comma 2, legge n. 125/1991 (poi «aggiornata» con il d.lgs. n. 145/2005 e transitata nel codice delle pari opportunità: v. *supra*) e, perciò, caratterizzata – oltre che da una diversa formulazione del «peso» dello svantaggio (67) – dalla secca *attualità del pregiudizio* che ignora la dimensione ipotetico-virtuale entro cui si muove la nozione discriminazione indiretta dei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003.

Di qui, ancora una volta, l'ormai nota questione problematica che emerge con riferimento a disposizioni che si sovrappongono e confliggono nella protezione dei medesimi fattori (razza, etnia e religione) (68). Ne deriva – come già evidenziato – l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. degli artt. 2, comma 2, d.lgs. n. 215/2003, e 2, comma 2, d.lgs. n. 216/2003, nella parte in cui salvaguardano il disposto dell'art. 43 T.U. immigrazione (69).

6. — *Le esenzioni generali dal divieto di discriminazione indiretta* — Posta la nozione di discriminazione indiretta, sia il d.lgs. n. 215/2003 che il d.lgs. n. 216/2003 introducono quello che, anche qui, può definirsi come l'elemento caratterizzante della legislazione antidiscriminatoria degli anni 2000, costituito dalla ipotesi generale di esenzione dal divieto.

Si stabilisce, così, che «non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell'art. 2 quelle differenze di trattamento che, pur

(67) Dalla «posizione di particolare svantaggio» dei decreti legislativi nn. 215 e 216 si passa allo svantaggio «proporzionalmente maggiore» del T.U. immigrazione, con variazioni terminologiche che forse possono essere intese in termini di rinvio al medesimo carico quantitativo dello svantaggio che deve sussistere perché il criterio neutro divenga discriminatorio.

(68) Come si è visto, si tratta di connotati personali protetti sia dai divieti di cui agli artt. 1 dei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003, sia del divieto di cui all'art. 43 T.U.

(69) Tale salvaguardia, invero, determina l'inapplicabilità, ai suddetti fattori di rischio, della nuova e più ampia nozione di discriminazione indiretta introdotta dai decreti nn. 215 e 216 del 2003, con ciò violando il mandato della legge delega n. 39/2002 di dare puntuale attuazione alle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78 (v. par. 2).

risultando indirettamente discriminatorie, siano oggettivamente giustificate da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari» (art. 3, comma 4, d.lgs. n. 215/2003; art. 3, comma 6, d.lgs. n. 216/2003).

Nonostante la formula infelice (70), è agevole intendere la disposizione nel senso che il criterio neutro dal quale deriva o può derivare una posizione di particolare svantaggio per le persone appartenenti alle categorie «protette» (razza, etnia, religione, ideologia *handicap*, età, orientamento sessuale) è comunque pienamente utilizzabile quando con esso si perseguono *finalità legittime* mediante *mezzi appropriati e necessari*.

Anche in questo contesto regolativo (v. par. 3) la finalità legittima evoca la giustificatezza dell'obiettivo perseguito così da rinviare a una valutazione comparativa che, nella concretezza della fattispecie, faccia emergere la prevalenza (o meno) dello scopo sotteso al criterio che provoca un *disparate impact* rispetto alla tutela antidiscriminatoria alla luce dei canoni di meritevolezza dell'agire datoriale da ricercare nell'ordinamento interno (specie costituzionale) e comunitario.

Tale conclusione trova, peraltro, conferma nella esenzione generale in esame con il richiamo, di ben maggiore interesse, all'appropriatezza e alla necessità dei mezzi utilizzati. Sono questi, infatti, i requisiti fondanti della esenzione, in quanto subordinano la legittimità della differenziazione indirettamente provocata dal criterio neutro alla condizione che esso risulti necessario e adeguato alla finalità selettiva perseguita. In altri termini, in relazione allo scopo meritevole di tutela (*alias*, «legittimo») perseguito dal datore di lavoro, il criterio neutro non deve essere arbitrario, né irragionevole, né superfluo, ma deve risultare necessario (non in astratto, bensì) in concreto, in quanto insuscettibile di essere utilmente sostituito da un criterio diverso (privo dell'impatto differenziato), e proporzionato.

Nonostante qualche assonanza, vi è una differenza sostanziale tra gli elementi costitutivi della esenzione generale dalla discriminazione *indiretta* e quelli della esenzione generale dalla discriminazione *diretta*.

Invero, mentre la espressa considerazione del requisito soggettivo della razza, etnia, religione, ideologia, *handicap*, età, orientamento ses-

(70) Invero, l'esenzione dalla discriminazione riguarda differenze di trattamento che risultano «indirettamente discriminatorie», così introducendo una contraddizione terminologica prontamente stigmatizzata dalla dottrina: v., Ballestrero, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lav. dir.*, 2004, pp. 501 ss., spec. p. 514.

suale (prima ancora che proporzionale e ragionevole) deve risultare *essenziale e determinante* per lo svolgimento dell'attività lavorativa, la legittimità del criterio neutro che produce un *disparate impact* è piuttosto ancorata alla sua *necessità* oltre che alla proporzionalità rispetto allo scopo meritevole di tutela perseguito.

Ciò significa che *l'essenzialità del requisito soggettivo è elemento costitutivo della esenzione dalla discriminazione diretta ma non di quella indiretta, per la quale basta una gradazione meno intensa del bisogno di utilizzare il criterio neutro a impatto svantaggioso.*

Sicché, traducendo queste osservazioni in un esempio concreto, se si adotta un criterio di selezione all'impiego che fa riferimento al titolo di studio ma provoca effetti svantaggiosi per determinate categorie di soggetti (ad esempio i figli degli extracomunitari che raggiungono livelli meno elevati nella istruzione scolastica), ove con tale criterio si miri a conseguire una finalità meritevole di tutela (in ipotesi, selezione di un impiegato di banca che abbia delle conoscenze ordinariamente deducibili dal titolo di studio) e sia a essa proporzionato (non si chiede il *master* in alta finanza ma la laurea di primo livello), si dovrà concludere che non ci si trova di fronte a una discriminazione indiretta. E ciò anche nel caso in cui per lo svolgimento di quelle mansioni il titolo di studio *non* sia essenziale (*alias*, non condizioni la possibilità giuridica di eseguire il contratto di lavoro) (71).

Queste conclusioni sono messe in forse, però, dal mancato coordinamento della disciplina in esame con le disposizioni del T.U. immigrazione, oggetto di espressa salvaguardia nei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003.

Nel comma 2, lettera *e*, dell'art. 43 T.U. immigrazione, vi è, infatti, una nozione di discriminazione indiretta che contiene una esenzione, per così dire, *speciale* in quanto scatta solo quando il criterio neutro a effetto svantaggioso riguarda «requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa», secondo una formula ripresa direttamente dall'art. 4, comma 2, legge n. 125/1991 (v. par. 6.1.).

Il risultato è che i connotati soggettivi della razza, della etnia e della appartenenza religiosa sono oggetto contemporaneamente di apparati normativi che con riferimento a questo delicato profilo si differenziano profondamente.

(71) Per una ipotesi giurisprudenziale simile basata sulla essenzialità/non essenzialità del titolo di studio v. Trib. Catania, 22 novembre 2000, in *FI*, 2001, I, c. 1778.

Peraltro, questo contrasto regolativo non può risolversi sulla base del tracciato interpretativo – già evidenziato (v. par. 3) – che limita la portata della salvaguardia del T.U. immigrazione alla *sola* nozione di discriminazione indiretta e non alla esenzione *speciale*, abrogata e sostituita da quella generale innanzi descritta.

Ciò in quanto tale esenzione speciale (il criterio neutro a effetto svantaggioso per essere legittimo deve riguardare *requisiti essenziali* allo svolgimento dell'attività lavorativa) costituisce lo *standard* normativo interno sul quale parametrare il rispetto dell'obbligo di *stand still* della clausola di non regresso; sicché la maggiore ampiezza della esenzione prevista dalle Direttive del 2000 (e dai decreti attuativi nn. 215 e 216) si configura quale trattamento peggiorativo rispetto a quello in vigore nell'ordinamento italiano (*ex art. 43, T.U. immigrazione*).

Così, tornando all'esempio poc'anzi proposto, la natura (indirettamente) discriminatoria del requisito di accesso all'impiego costituito dal titolo di studio potrà ben essere sostenuta dal lavoratore extracomunitario – senza che l'esenzione possa porre alcun argine – solo che se ne evidenzi la non essenzialità ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa oggetto del contratto (72).

In un quadro così frastagliato solo l'intervento del legislatore può riportare ordine perseguendo una finalità (quella, appunto, di razionalizzare e armonizzare la frammentazione delle fattispecie antidiscriminatorie) che certamente vale a superare gli ostacoli frapposti in sede di attuazione dalle clausole di non regresso delle Direttive n. 2000/43/Ce e n. 2000/78/Ce.

6.1. — *La esenzione dalla discriminazione indiretta di genere* — Dopo l'adeguamento di cui al d.lgs. n. 145/2005, ripreso alla lettera dall'art. 25 del codice delle pari opportunità, una marcata specialità connota la esenzione dalla discriminazione indiretta per ragioni di sesso.

Infatti, anche se la formula utilizzata nella direttiva da attuare (art. 2, par. 2, Direttiva n. 2002/73/Ce) era identica a quella già adoperata nelle Direttive n. 2000/43/Ce e n. 2000/78/Ce (puntualmente trasfusa, come si è visto, nei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003), il nostro

(72) E non è difficile immaginare la enorme portata di un meccanismo di valutazione così congegnato ove davvero i soggetti appartenenti a una razza, etnia o religione comincino a utilizzarne appieno le potenzialità, destinate a impattare entro contesti e con finalità completamente diversi da quelli della parità uomo/donna che ne ha (impropriamente: v. *infra*) costituito il modello.

legislatore ha ritenuto, invero, di dover seguire una strada diversa già dalla legge delega n. 306/2003. Qui, infatti, ha dato mandato al governo di attuare la Direttiva n. 2002/73/Ce, «apportando le modifiche strettamente necessarie alle disposizioni vigenti in materia di parità di trattamento tra gli uomini e le donne e [...] facendo salve le disposizioni vigenti compatibili con la citata Direttiva n. 2002/73/Ce», tra le quali emerge proprio la fattispecie in esame in merito alla quale, fissata la nozione di discriminazione indiretta (v. *supra*), ha stabilito che la esenzione generale scatterà quando «nel caso di attività di lavoro, caratteristiche specifiche di sesso costituiscano requisiti essenziali al loro svolgimento» (art. 17, comma 1, lett. *b*, legge n. 306/2003).

Ed è proprio in (problematica) esecuzione di questo mandato che il d.lgs. n. 145/2005 ha poi stabilito che una disposizione, un criterio, una prassi ecc. apparentemente neutri che mettano o possano mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio *non* costituiscano discriminazione quando «riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari»: formulazione oggi recepita alla lettera dall'art. 25, comma 2, del codice delle pari opportunità.

Come si vede, la formula è il risultato di una (contorta) sovrapposizione tra la esenzione in origine presente nell'art. 4, comma 2, legge n. 125/1991 (73), che la collega alla essenzialità dei requisiti ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa, e la nuova esenzione, frutto delle più recenti direttive antidiscriminatorie, che – come si è visto – esclude la discriminazione indiretta quando, tenuto conto della finalità perseguita, il *disparate impact* consegua all'applicazione di un criterio necessario e proporzionato.

È ovvia considerazione, in proposito, che la convivenza, nello stesso contesto normativo, dei due profili è impossibile perché il primo fagocita completamente il secondo; sicché – oggi come ieri – la discriminazione indiretta per ragioni di sesso può essere esclusa solo quando il criterio neutro a effetto svantaggioso, a prescindere dalla

(73) Prima dell'aggiornamento della nozione di discriminazione indiretta e della esenzione in esame, l'art. 4, comma 2, della legge n. 125/1991 stabiliva che costituiva discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente non soltanto all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso, ma altresì a criteri riguardanti «requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa».

meritevolezza dello scopo perseguito, riguardi un requisito essenziale (e non semplicemente necessario e adeguato) allo svolgimento dell'attività lavorativa (74).

Al di là delle incertezze derivanti da una formula inadeguata di un legislatore poco consapevole (che, forse per qualche incertezza di troppo, ha cumulato nello stesso contesto normativo due diverse – e incompatibili – formule di esenzione), la rigidità della esenzione relativa alla discriminazione indiretta di genere è del tutto condivisibile, anche se non sempre di facile applicazione (75). E ciò per due ordini di ragioni.

Dal punto di vista normativo, infatti, la presenza nell'ordinamento italiano (art. 4, comma 2, legge n. 125/1991) di una esenzione ancorata alla indispensabilità del requisito a effetto svantaggioso per un determinato sesso costituiva un ostacolo alla introduzione della formula più ampia contenuta nella Direttiva n. 2002/73/Ce in ragione della clausola di non regresso di cui all'art. 8-*sexies*, par. 2, delle medesima direttiva.

A ciò si aggiunga che questa maggiore rigidità è in piena sintonia con un lungo percorso culturale, che ha fatto della parità di genere un connotato sociale fortemente interiorizzato (76), che trova chiari ri-

(74) Sicché, tornando all'esempio della selezione di accesso al lavoro basata sul titolo di studio, se l'effetto sfavorevole provocato dalla richiesta di tale requisito riguardasse le donne sarebbe possibile affermare la natura indirettamente discriminatoria del criterio selettivo poiché la laurea non è condizione indispensabile per svolgere le mansioni di cassiere.

(75) Cfr. Pret. Milano 16 luglio 1994, in *GI*, 1995, I, 2, p. 745; Pret. Milano 10 luglio 1994, in *NGL*, 1994, p. 607, che afferma l'essenzialità del criterio neutro a effetto svantaggioso per le donne al fine di escluderne la natura indirettamente discriminatoria salvo poi a concludere che qualora si tratti di prestazione del dirigente tali criteri sono di natura discrezionale in quanto legati alle politiche aziendali concretamente perseguite dal datore di lavoro. Per conclusioni non dissimili Pret. Modugno, 27 aprile 1992, in *GM*, 1993, p. 338. Del resto, le difficoltà connesse alla necessaria essenzialità del criterio produttivo di effetti svantaggiosi per le donne emerge ove piuttosto che all'assunzione lo si applichi ai presupposti legati alla «pesantezza» o alla «penosità» del lavoro e ai connessi trattamenti retributivi: cfr. Corte di Giustizia Ce 30 marzo 2000, n. 236, in *MGL*, 2000, p. 981; Corte di Giustizia Ce 9 settembre 1999, in *RIDL*, 2000, II, pp. 3 ss.; Corte di Giustizia Ce 31 maggio 1995, n. 400, in *NGL*, 1995, p. 968; nonché, con più ampi riferimenti alla giurisprudenza, Ichino, *op. cit.*, pp. 586 ss. e pp. 592-595, e, da ultimo, Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, pp. 157 ss. Per un approccio diversificato della «struttura della giustificazione» a seconda che la differenza di trattamento sia ascrivibile *direttamente* o solo *indirettamente* al fattore di rischio protetto, v. Barbera, *La nozione di discriminazione*, cit., pp. 72-73.

(76) Cfr., per tutti, De Simone, *Dai principi alle regole*, cit., pp. 49 ss.

flessi anche nella stessa legislazione antidiscriminatoria di cui ai decreti legislativi nn. 215 e 216. Qui, infatti, proprio in occasione della introduzione delle tutele per i «nuovi» fattori di rischio (razza, etnia, religione, convinzioni personali, *handicap*, età, orientamento sessuale) si stabilisce che esse debbano essere attuate «anche in un'ottica che tenga conto del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini» (art. 1, d.lgs. n. 215/2003 e art. 1, d.lgs. n. 216/2003) (77).

7. — *Conclusioni* — I frammenti normativi scoordinati e contraddittori che abbiamo analizzato hanno da tempo indotto la dottrina più attenta a segnalare la necessità di un intervento legislativo di riordino e di razionalizzazione dell'intera materia, recepito dal legislatore con l'art. 6 della legge delega 28 novembre 2005, n. 246.

Fatto sta che, ignorando completamente le preoccupazioni e le critiche prontamente emerse nei confronti dello schema di decreto legislativo, nella seduta del 6 aprile 2006, il governo (lo stesso che qualche giorno più tardi sarebbe uscito sconfitto dalle urne) ha improvvidamente licenziato il decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, intitolato codice delle pari opportunità tra uomo e donna.

Si tratta di «un testo meramente compilativo» (78) totalmente inidoneo a costituire un *corpus* normativo organico e unitario in quanto l'accorpamento per materia delle disposizioni vigenti è stato effettuato in modo meccanico, con una tecnica di «taglia-incolla», che non dà alcun contributo – come abbiamo visto – alla risoluzione delle ambiguità presenti nella «vecchia» normativa (semplicemente ri-

(77) Si tratta di una disposizione che, peraltro, trova eco nelle direttive ove si prevede che ogni cinque anni i legislatori nazionali trasmettano informazioni alla Commissione che consentano a quest'ultima di relazionare al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione delle direttive fornendo altresì «una valutazione dell'impatto delle disposizioni adottate su donne e uomini» (art. 17, par. 2, Direttiva n. 2000/43/Ce; art. 19, par. 2, Direttiva n. 2000/78/Ce). Sulla rilevanza della tutela antidiscriminatoria di genere entro una legislazione che ha moltiplicato i fattori di rischio ponendo così delicate questioni di discriminazione «multiple» o «incrociate», v. D. Gottardi, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *DLRI*, 2003, p. 456; cfr., Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., p. 425; Calafà, *Le direttive antidiscriminatorie di nuova generazione: il recepimento italiano*, in *Studium Iuris*, 2004, n. 7-8, p. 879; Ballestrero, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, cit., p. 520.

(78) Il rilievo è del Consiglio di Stato ed è espresso nel parere consultivo sullo schema di decreto legislativo formulato dall'Adunanza del 26 febbraio 2006.

proposte nelle «nuove» disposizioni) e introduce, anzi, nuove e vistose incongruità, frutto di un inadeguato *drafting* legislativo (79).

Non è questa la sede per andare oltre quanto già (significativamente) emerso nell'esame delle nozioni di discriminazione di genere e delle relative esenzioni, anche se va qui rimarcata la scelta del legislatore delegato di emanare un codice delle pari opportunità tra uomo e donna, autonomo e separato rispetto alla disciplina relativa agli altri fattori di rischio, contravvenendo così al mandato della legge delega (80).

Ma la questione di maggior rilievo sistematico (e non solo ai nostri fini) è quella posta dalla norma di apertura del codice ove si proclama che: «Le disposizioni del presente decreto hanno a oggetto le misure volte a eliminare ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, culturale e civile o in ogni altro campo».

Così, in questa norma di apertura, significativamente posta nel Titolo «Disposizioni generali» e sotto la rubrica «Divieto di discriminazione tra uomo e donna», il codice torna alla concezione ancillare della discriminazione che per l'ordinamento rileva (non in sé e per sé, ma) in quanto *abbia come conseguenza o come scopo* la lesione delle libertà fondamentali *altre*, di diritti umani *altri*.

Traspare qui, in modo esemplare, l'inadeguatezza di un intervento normativo che (probabilmente senza alcuna consapevolezza) riprende dal passato, e impropriamente (81), vecchie formule ormai clamorosamente superate dall'acquisizione che la discriminazione è essa stessa

(79) Cfr. i rilievi di Amato, Barbera, Calafà, *Note sul progetto di codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in www.cgil.it/giuridico/.

(80) L'art. 6, lett. a, della legge n. 246/2005 stabiliva infatti che il legislatore delegato provvedesse a emanare un codice per contrastare ogni forma di discriminazione «per cause direttamente o indirettamente fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età e l'orientamento sessuale, anche al fine di realizzare uno strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di pari opportunità».

(81) L'art. 1 della legge 14 marzo 1985, n. 132 – che l'art. 1 del codice dichiara di riproporre –, non contiene affatto la definizione in esame che appare invece nell'art. 1 della Convenzione O.N.U. 18 dicembre 1979 (sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna) a sua volta composta (oltre all'art. 1) da una lunga serie di disposizioni ignorate dal codice: cfr. Gottardi, *Il nuovo codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, cit., p. 22.

violazione di un diritto fondamentale (82), oggi consacrata nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (83). Il tutto, ignorando puramente e semplicemente le direttive comunitarie che – come si è visto – fanno del diritto a non essere discriminati (per ragioni di genere ovvero basate su ognuno degli altri fattori di rischio tipizzati) un precetto fondamentale dell'ordinamento europeo, governando in profondità la materia disciplinata dal codice.

Tuttavia, il valore normativo di questo strano articolo 1 del codice viene profondamente ridimensionato dalle definizioni di discriminazione del successivo art. 25, che abbiamo visto essere la meccanica trasposizione delle «nuove» definizioni operate dalla legge n. 145/2005, frutto della (seppure incerta) attuazione della Direttiva n. 2002/73/Ce (v. par. 2 e 5). Quantomeno con riferimento alle materie e agli istituti disciplinati nel Titolo I («Pari opportunità di lavoro») del libro III («Pari opportunità tra uomo e donna nei rapporti economici») del codice, pertanto, la definizione di discriminazione dell'art. 1 è «superata» dalla dichiarata specialità di quella del successivo art. 25 che, pertanto, governa tutta l'area del lavoro, subordinato e autonomo, e dell'attività d'impresa.

In ogni caso, rimane quanto mai urgente un nuovo e meditato intervento normativo che, auspicabilmente in un quadro unitario, introduca davvero un codice capace di risolvere, con adeguata visione sistematica, le troppe ambiguità, antinomie e lacune presenti nella legislazione antidiscriminatoria italiana. Magari anticipando, piuttosto che dando attuazione, alla direttiva in via di adozione (84), che mira a dare un quadro legale certo alle regole antidiscriminatorie tra uomo e donna unificando e razionalizzando le disposizioni accumulate nelle sei direttive succedutesi in materia.

(82) Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., p. 408.

(83) Cfr., per tutti, Veneziani, *La Costituzione europea, il diritto del lavoro e le icone della solidarietà*, dattiloscritto, pp. 17 e 32; Cruz-Villalón, *Lo sviluppo della tutela discriminatoria nel diritto comunitario*, in *DLRI*, n. 99-100, 2003, pp. 354-355; Sciarra, *La costituzionalizzazione della Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in *Workin Paper CsMD*, n. 24/2003, www.lex.unict.it.

(84) Il 10 marzo 2006 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno espresso il parere comune n. 6/2006 (in *GUCE* C-126E/33 del 30 maggio 2006) sulla proposta di direttiva riguardante l'attuazione del principio di parità di trattamento tra uomo e donna in materia di occupazione e di impiego con la quale vengono accorpate in un Testo Unico le Direttive n. 75/117, n. 76/207 (come modificata dalla n. 2002/73), n. 86/378 (come modificata dalla n. 96/97) e n. 97/80.

Stefano Caffio (*)

INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE
E CONTRATTI FLESSIBILI:
LA CONSULTA NON COLMA LE LACUNE DEL SISTEMA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La sentenza Cass., Ss.Uu., 6 febbraio 2003, n. 1732. — 3. La sentenza della Corte Costituzionale 24 marzo 2006, n. 121. — 4. L'impatto della sentenza Corte Cost. n. 121/2006 sulla protezione (attiva e passiva) contro la disoccupazione dei lavoratori a tempo parziale dopo la riforma *ex art.* 46, d.lgs. n. 276/2003. — 5. Il difficile bilanciamento tra esigenze finanziarie e attuazione dei diritti sociali. — 6. Il mancato riconoscimento del diritto all'indennità di disoccupazione ai *part-timer* verticali nella disciplina comunitaria antidiscriminatoria.

1. — *Introduzione* — Con la sentenza 24 marzo 2006, n. 121 la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 45, comma 3, r.d.l. n. 1827/1935, nella parte in cui, nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (1),

(*) Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Bari.

(1) La sentenza n. 121/06 è pubblicata in questo fascicolo nella sezione *Giurisprudenza*, pp. 535 ss. Cass., Ss.Uu., 6 febbraio 2003, n. 1732, è consultabile in *q. Riv.*, 2003, II, pp. 435 ss. con nota di A. Andreoni, *Part-time verticale e indennità di disoccupazione: chi ha paura della Corte Costituzionale?*; in *IPREV*, n. 4/2003, pp. 1022 ss., con nota di G. Del Borrello, *L'indennità di disoccupazione nel part-time verticale*; in *RIDL*, 2003, II, pp. 911 ss., con nota di M. Giovedì, *Sull'indennità di disoccupazione nel lavoro a tempo parziale «verticale»*; in *MGL*, 2003, pp. 271 ss., con nota di A. Niccolai, *Indennità di disoccupazione e part-time verticale*; in *Lav. giur.*, n. 5/2003, pp. 405 ss., R. Rivero, *L'indennità di disoccupazione negata nel part-time verticale: ritorna il dogma della volontà nel rapporto di lavoro*; in *DPL*, 2003, pp. 1071 ss., con nota di F. Rotondi, A. Quarto, *Part-time verticale e indennità di disoccupazione per i periodi di inattività*; in *Glav*, n. 14/2003, con nota di L. Ruggiero, *L'inesistenza di un principio generale di indennizzabilità di periodi inattivi*. In dottrina, su questo tema v. ampiamente C. Lagala (a cura di), *Part-time e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali – Atti della giornata di studio organizzata dalla Facoltà di giurisprudenza di Foggia il 5 dicembre 2003*, Milano, 2004, F. Agostini, *Il lavoro a tempo parziale nella giurisprudenza ordinaria e costituzionale*, nota a Corte Cost. 28 maggio 1999, n. 202, e a Cass., Sez. lav., 10 febbraio 1999, n. 1141, in *q. Riv.*, 1999, II, pp. 553 ss.; M. Benassi, *Il rapporto part-time regolare e irregolare: la contribuzione dovuta e il diritto all'indennità di disoccupazione*,

«non contempla tra i lavoratori disoccupati involontari aventi diritto all'indennità di disoccupazione ordinaria, i lavoratori occupati con contratto a tempo parziale verticale su base annua» (2). Pur nella brevità della motivazione, la decisione appare rilevante tanto perché quella del riconoscimento del diritto all'indennità di disoccupazione ai lavoratori *part-time* è questione da tempo controversa in giurisprudenza, quanto per via del fatto che tale decisione fa emergere ancora una volta la inadeguatezza (e la conseguente esigenza di revisione) dell'attuale sistema di protezione contro la disoccupazione involontaria, specie riguardo alla condizione di chi è occupato con tipologie contrattuali caratterizzate da discontinuità della prestazione (e del reddito) interna a un unico rapporto di lavoro.

Ma la sentenza in commento sembra importante anche perché riporta in auge la questione della effettività dei diritti sociali (in tal caso previdenziali) di fronte ai vincoli e alle esigenze della finanza pubblica.

Ciò premesso, la complessità della vicenda richiede una preliminare e sintetica ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale.

Come è noto, l'art. 45 del r.d.l. n. 1827/1935 prevede che il trattamento di disoccupazione è dovuto a tutti gli assicurati «nei casi di disoccupazione involontaria per mancanza di lavoro». Dunque, a parte i requisiti di anzianità assicurativa e contributiva (due anni di anzianità e un anno di contributi nell'arco dei due anni), il riconoscimento del diritto è subordinato alla circostanza che il rapporto di lavoro sia estinto e che lo stato di disoccupazione sia involontario, non causato cioè dallo stesso *ex-lavoratore*.

L'art. 40, r.d.l. n. 1827/1935, ai nn. 8 e 9, nella sua formulazione originaria, escludeva dal campo di applicazione dell'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione i soggetti che solo occasionalmente prestano la propria attività alle dipendenze altrui e coloro i quali so-

in *IPREV*, 2002, pp. 1393 ss.; P. Bozzao, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, cit., spec. pp. 116-128, e Idem, *Dal lavoro alla «laboriosità». Nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, cit., spec. pp. 540-545 e 555-557; C. Lagala, *Le diverse funzioni dell'indennità di disoccupazione e la tutela dei lavoratori part-time*, cit., pp. 825 ss.; N. Paci, *L'indennità di disoccupazione nel part-time verticale*, nota a Cass., Sez. lav., 28 marzo 2000, n. 3746, in *Lav. giur.*, n. 8/2000, pp. 757 ss., e Idem, *Evoluzione, e involuzione della giurisprudenza sull'indennità di disoccupazione nel part-time verticale*, in *Lav. giur.*, n. 1/2001, pp. 69 ss.; L. Sgarbi, *Part-time verticale e involontarietà dello stato di disoccupazione*, in *Lav. giur.*, 1997, p. 319.

(2) Ord. Trib. Roma, 11 agosto 2003.

no occupati in lavorazioni da compiersi solo in determinati periodi dell'anno, di durata inferiore ai sei mesi.

Inoltre, l'art. 76, r.d.l. n. 1827/1935, stabiliva che la disoccupazione nei periodi di stagione morta per lavorazioni soggette a periodi di sosta, a normali periodi di sospensione e a disoccupazione stagionale non dava diritto all'indennità. Il comma 2 dello stesso art. 76 rimetteva a un decreto ministeriale l'individuazione delle lavorazioni qualificabili come stagionali o soggette a normali periodi di sosta (3).

Nel corso del tempo tale quadro normativo ha subito importanti modificazioni sia a opera della legislazione successiva, sia in seguito all'intervento della Corte Costituzionale.

Seguendo la successione cronologica degli eventi, la Consulta già con la sentenza n. 160/1974 (4) aveva riconosciuto il diritto all'indennità di disoccupazione anche ai lavoratori occupati in lavorazioni stagionali o soggette a normali periodi di sosta di cui all'art. 76, comma 1, r.d.l. n. 1827/1935. In tale circostanza, la Corte Costituzionale, pur rigettando la questione di legittimità, ritenne che «la disoccupazione conseguente al periodo di sosta o di stagione morta non può considerarsi volontaria per il lavoratore in conseguenza del fatto di avere volontariamente scelto e accettato quel tipo di attività, il più delle volte imposta dalle condizioni di mercato», a condizione che «il lavoratore [...] si faccia parte diligente per essere avviato, nel periodo di sospensione, ad altra occupazione».

Questa pronuncia costituisce una vera e propria pietra miliare sulla via del «graduale ampliamento delle tutele dalla protezione sociale del rischio in quanto tale a quella della situazione di bisogno in sé considerata» (5). Infatti, per la prima volta, si esclude che la disoccupazione rile-

(3) L'individuazione delle suddette attività è avvenuta con decreto del Ministro del lavoro 30 novembre 1964. In buona sostanza, il decreto per ciascuna attività qualificata come stagionale stabiliva il periodo di carenza dall'indennità di disoccupazione. Solo nell'ipotesi in cui i lavoratori fossero rimasti disoccupati anche dopo il decorso di tale periodo, corrispondente alla stagione morta ovvero alla durata della sospensione dell'attività da considerarsi normale, allora, e solo allora, avrebbero acquisito il diritto al trattamento di disoccupazione – in presenza degli altri requisiti richiesti dalla legge. Sul comma 1 dell'art. 76, r.d.l. n. 1827/1935, è poi intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale n. 160/1974.

(4) Corte Cost. 6 giugno 1974, n. 160, in *FI*, 1974, I, cc. 1962 ss. Per un commento v. altresì G. Alibrandi, *Tutela previdenziale della disoccupazione e comportamento del lavoratore*, in *MGL*, 1974, pp. 596 ss.

(5) In termini, P. Bozzao, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo*, cit., p. 118.

vante ai fini della relativa indennità, oltre che incerta, debba anche essere imprevedibile, in quanto non c'è alcuna correlazione necessaria tra prevedibilità (per effetto del tipo di attività svolta) e volontarietà della disoccupazione. Ne consegue per la Consulta che la mancanza di lavoro, ancorché predeterminata, può ben essere involontaria (*alias* non imputabile al comportamento del lavoratore) (6) ogni qualvolta «l'atteggiarsi in termini frazionati del *rapporto di lavoro è conseguenza* di condizioni oggettive del mercato del lavoro» (7).

In seguito, con l'art. 7, comma 3, del d.l. 21 marzo 1988, n. 86, convertito in legge 20 maggio 1988, n. 160, il legislatore ha incluso nel campo di applicazione dell'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria i lavoratori occasionali e gli stagionali che lavorano meno di sei mesi nel corso dell'anno, di cui ai citati nn. 8 e 9 dell'art. 40, r.d.l. n. 1827/1935. In tal modo anche questi soggetti hanno acquisito il diritto a percepire l'indennità seppur in misura ridotta in conseguenza dei ridotti requisiti contributivi che essi possono far valere. L'istituzione della cosiddetta indennità a requisiti ridotti, prevista in origine dal citato d.l. n. 86/1988 solo limitatamente all'anno 1988, è stata definitivamente introdotta nell'ordinamento in virtù dell'art. 1, comma 2, d.l. 29 marzo 1991, convertito in legge 1° giugno 1991, n. 169.

Nel 1991 la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 17, comma 2, legge n. 1204/1971 (8), ne dichiara l'incostituzionalità nella parte in cui per le lavoratrici assunte con contratto a tempo parziale verticale su base annua viene escluso il diritto a percepire l'indennità di maternità qualora il periodo di astensione obbligatoria inizi oltre sessanta giorni dopo la cessazione della precedente fase lavorativa, sul presupposto che a tali lavoratrici, nell'intervallo tra due fasi di lavoro, spetterebbe comunque l'indennità di disoccupazione. Ed è a tale proposito che la Corte Costituzionale richiama la sua pronuncia del 1974, ponendo in tal modo sullo stesso piano lavoratori stagionali e *part-timer* verticali su base annua.

(6) Il tutto in una prospettiva di superamento della logica mutualistico-assicurativa cui era originariamente improntata la disciplina delle prestazioni di disoccupazione; in tal senso cfr. C. Lagala, *Le diverse funzioni dell'indennità di disoccupazione*, cit., p. 826, *contra* G. Alibrandi, *op. ult. cit.*, p. 597.

(7) P. Bozzao, *op. ult. cit.*, p. 119.

(8) Corte Cost. 29 marzo 1991, n. 132, in *NGL*, 1991, p. 62; in *GC*, 1991, I, p. 2889, con nota di S. Giubboni, *Indennità di maternità e contratto di lavoro part-time di tipo verticale su base annua: l'art. 17, comma 2, legge n. 1204 del 1971 torna al vaglio della Corte Costituzionale*.

Nonostante le due richiamate decisioni del giudice delle leggi, la giurisprudenza di merito ha inizialmente negato il diritto alle prestazioni di disoccupazione ai *part-timer* verticali su base annua (9).

Tuttavia, nella seconda metà degli anni novanta si assiste a un'inversione di rotta con le prime pronunce di merito (10) che riconoscono il diritto di questa categoria di lavoratori all'indennità, ritenendo a essi applicabile in via analogica il dettato dell'art. 76, comma 1, r.d.l. n. 1827/1935, come reinterpreto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 160/1974 (11).

Infine, come detto, anche la Corte di Cassazione è intervenuta sulla vicenda, prima riconoscendo il diritto alla prestazione previdenziale indistintamente a tutti i *part-timer* verticali su base annua (12), e poi solo a quelli con modulazione della prestazione ultrasemestrale (13). Fino ad arrivare al totale diniego deciso dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 1732/2003 (14).

2. — *La sentenza Cass., Ss.Uu., 6 febbraio 2003, n. 1732* — Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno negato il diritto all'indennità affermando che «la stipulazione di un contratto di lavoro a tempo parziale [verticale] su base annua dipende dalla libera volontà del lavorato-

(9) Il diniego è stato argomentato ritenendo insussistenti in tali ipotesi i requisiti richiesti dalla legge, ossia la cessazione del rapporto di lavoro e l'involontarietà della disoccupazione. In tal senso Pret. Piacenza 16 giugno 1994, in *IPREV*, 1994, p. 1031; Pret. Torino 19 gennaio 1995, in *IPREV*, 1995, p. 153; Pret. Firenze 18 marzo 1995, in *IPREV*, 1995, p. 667. Sui motivi del diniego del diritto all'indennità di disoccupazione, si veda la circ. I.N.P.S. n. 198 del 31 maggio 1995.

(10) Così, Pret. Ravenna, 13 marzo 1996, in *Lav. giur.*, 1997, p. 317; Pret. Milano 10 febbraio 1997, in *D&L*, 1999, I, p. 181; Pret. Milano 7 novembre 1998, *ivi*, p. 181; Pret. Ravenna 12 settembre 2000, *Lav. giur.*, n. 1/2001, pp. 69 ss.

(11) Per una ricostruzione dei differenti orientamenti assunti nel corso del tempo dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, v. F. Rotondi, A. Quarto, *Part-time verticale e indennità di disoccupazione per i periodi di inattività*, cit., pp. 1072-1074; N. Paci, *Evoluzione, e involuzione della giurisprudenza sull'indennità di disoccupazione nel part-time verticale*, cit., pp. 69 ss.

(12) Cass., Sez. lav., 10 febbraio 1999, n. 1141, in q. *Riv.*, 1999, II, pp. 553 ss., con nota di F. Agostini, *op. ult. cit.*; *conf.* Cass., Sez. lav., 18 aprile 2000, n. 5059.

(13) Cass., Sez. lav., 28 marzo 2000, n. 3746, in *Lav. giur.*, n. 8/2000; *conf.* Cass., Sez. lav., 26 febbraio 2001, n. 2802, e Cass., Sez. lav., 26 febbraio 2001, n. 2804.

(14) Chiamate a dirimere il contrasto sorto in seno alla Sezione lavoro tra i due orientamenti riferiti nel testo. In senso conforme a Cass., Ss.Uu., 6 febbraio 2003, n. 1732, v. Cass., Sez. lav., 5 luglio 2003, n. 10641, nonché Cass., Sez. lav., 22 settembre 2003, n. 14052, in *Glav*, n. 43/2003, pp. 36 ss.

re [...] e perciò non dà luogo a disoccupazione involontaria [...] nei periodi di pausa» e che non può essere estesa «in via analogica la disciplina della disoccupazione involontaria vigente per i contratti stagionali [...] per la mancanza di *eadem ratio*»; il tutto, nonostante l'ammissione da parte delle stesse Sezioni Unite che «talvolta la volontà del lavoratore che sceglie il tempo parziale è condizionata dalle oggettive caratteristiche della prestazione, così come avviene nelle lavorazioni stagionali» (15).

Inoltre, in motivazione le Sezioni Unite aggiungono che è rimessa alla discrezionalità del legislatore sia la scelta del modo in cui favorire la conclusione dei contratti a tempo parziale evitando, tuttavia, «un ampliamento degli indennizzi rimesso sostanzialmente a scelte dei privati e tale da risolversi in un finanziamento permanente della sottoccupazione», sia «la costruzione di trattamenti di disoccupazione variabili a seconda della gravità della situazione di bisogno» non potendo invece «risultare da automatiche estensioni per analogia in sede di interpretazione-applicazione delle leggi vigenti».

In sintesi, la tesi delle Sezioni Unite si fonda sul fatto che avendo il lavoratore accettato l'impiego a tempo parziale, la sua manifestazione di

(15) Cass., Ss.Uu., n. 1732/2003, che, nonostante tale ammissione, non ne hanno tratto alcuna conseguenza sotto il profilo dell'estensione analogica al *part-time* della disciplina dettata dal r.d.l. n. 1827/1935 per i lavoratori stagionali. E ciò in considerazione del fatto che tali attività sono «tassativamente specificate dalla pubblica amministrazione, ossia non aumentabili a volontà, mentre la conclusione di contratti a tempo parziale, siccome rimessa alla volontà privata, è suscettibile di estensione illimitata». Sicché, nel ragionamento della Suprema Corte, la tipicità dell'attività stagionale sembra costituire un requisito essenziale per l'ammissione al trattamento di disoccupazione; una tipicità che deriverebbe dall'elencazione contenuta nel citato decreto ministeriale 30 novembre 1964, emanato ai sensi dell'art. 76, comma 2, r.d.l. n. 1827/1935. Il richiamo a questo decreto è parso poco convincente alla dottrina più attenta: esso era funzionale all'individuazione dei periodi di carenza dall'indennità di disoccupazione relativamente alle lavorazioni caratterizzate da stagioni morte o da normali periodi di sospensione in applicazione della originaria formulazione dell'art. 76, comma 1, del Regio decreto; dopo la sentenza Corte Cost. n. 160/1974 che ha sancito l'estensione del diritto al trattamento previdenziale anche ai lavoratori addetti a quelle lavorazioni per l'inattività dovuta ai periodi di normale pausa e di sospensione ciclica o stagionale, esso non può più considerarsi vigente, non esistendo più necessità alcuna di distinguere le produzioni stagionali da tutte le altre. In tal senso v. i rilievi critici di R. Rivero, *op. ult. cit.*, p. 407, e A. Andreoni, *Part-time verticale e indennità di disoccupazione: chi ha paura della Corte Costituzionale?*, cit., p. 447, che, nel criticare questa argomentazione della pronuncia delle Sezioni Unite, parla di «contraddizione interna alla motivazione della Corte». V. altresì C. Lagala, *Le diverse funzioni dell'indennità di disoccupazione e la tutela dei lavoratori part-time*, cit., p. 829, nota n. 13.

volontà formalizzata nel contratto di lavoro costituirebbe elemento idoneo a escludere l'involontarietà della mancanza di lavoro, anche quando tale opzione è determinata dalla natura o da caratteristiche intrinseche dell'attività aziendale (come nel caso di specie che riguardava una lavoratrice addetta alle mense scolastiche). Da qui l'impossibilità di applicazione analogica (16) della disciplina dettata per i lavoratori stagionali (a tempo determinato) per mancanza di *eadem ratio* e il conseguente mancato riconoscimento del diritto all'indennità.

Nelle ragioni addotte dalla Cassazione a fondamento dell'impossibilità di applicare in via analogica la disciplina dettata per i lavoratori stagionali si scorgono tutte le tensioni di un sistema che, nonostante i progressi compiuti nella direzione dell'ampliamento delle tutele a protezione proprio delle situazioni di sottoccupazione, resta ancora strutturato su una disciplina emanata 70 anni or sono.

La dottrina è stata particolarmente critica verso questa decisione delle Sezioni Unite, sia perché in tal modo è stato «rispolverato il dogma della volontà contrattuale» (17), sia in ragione di una paventata erronea considerazione delle due decisioni del giudice costituzionale (sentenze nn. 160/1974 e 132/1991) (18).

(16) Anche la scelta della estensione analogica è stata criticata da parte della dottrina: è stato affermato che, proprio in seguito alla «via tracciata dalla Corte Costituzionale, la questione non era quella di estendere al *part-time* la disciplina del lavoro stagionale, ma di applicare, *de plano*, la disciplina del *part-time* risultante dalla lettura dell'art. 76, comma 1, r.d.l. n. 1827/1935, fornita» in Corte Cost. n. 160/1974 e poi riconfermata in Corte Cost. n. 132/1991. Così, R. Rivero, *L'indennità di disoccupazione negata nel part-time verticale: ritorna il dogma della volontà nel rapporto di lavoro*, cit., p. 407. In senso conforme A. Andreoni, *Part-time verticale e indennità di disoccupazione: chi ha paura della Corte Costituzionale?*, cit., p. 448.

(17) Cfr. R. Rivero, *op. ult. cit.*, p. 406. Cfr. altresì V. Bavaro, *Il part-time tra vocazione e necessità*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali...*, cit., spec. pp. 75-76, il quale, dopo aver osservato che «un lavoratore può considerare conforme ai propri interessi, e quindi *volerlo*, un contratto di lavoro a tempo parziale che egli *liberamente accetta* senza che ciò corrisponda pienamente alla propria volontà di svolgere una prestazione di lavoro a orario pieno», ammette che l'indagine non può spingersi fino al punto di verificare «l'intimo sentire delle parti» poiché la volontà giuridica è tale solo quando è costituita e riconosciuta dal diritto *in quanto* ha assunto la forma della rappresentazione giuridica».

(18) La Suprema Corte (Cass., Ss.Uu., n. 1732/2003) afferma che la sentenza Corte Cost. n. 132/1991 era ispirata alle particolari esigenze di tutela di cui all'art. 37, comma 1, seconda parte, Cost., per cui nessun argomento poteva da essa trarsi a sostegno del riconoscimento del diritto dei *part-timer* verticali all'indennità di disoccupazione. Le critiche della dottrina a tale affermazione si erano concentrate prevalentemente

Peraltro, una parte minoritaria della giurisprudenza di merito ha ritenuto di non aderire all'indirizzo della Suprema Corte o decidendo in senso difforme (19) ovvero non ritenendolo conforme alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e sollevando la questione di legittimità (20).

In particolare, con l'ordinanza 11 agosto 2003 (da cui è scaturita la pronuncia annotata) il giudice rimettente rileva anzitutto che la scelta del lavoratore di accettare un contratto a tempo parziale verticale annuo non può essere considerata un indice della volontarietà della condizione di disoccupazione più di quanto non lo sia l'accettazione di un lavoro stagionale (con contratto a tempo determinato) cui fa riferimento la sentenza n. 160/1974 della Corte Costituzionale. Inoltre, la sentenza n. 132/1991 ammette espressamente, secondo il Tribunale di Roma, l'applicabilità in via analogica della disciplina dettata per la tutela della condizione di disoccupazione dei lavoratori stagionali (art. 76, r.d.l. n. 1827/1935). Alla luce di ciò, il giudice rimettente ritiene che l'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite della disciplina sull'indennità di di-

mente sulla necessità di privilegiare un'interpretazione che desse rilievo alla sostanziale identità di situazione (di bisogno) dei lavoratori stagionali e dei *part-timer* verticali proprio in considerazione delle due sentenze della Corte Costituzionale (nn. 160/1974 e 132/1991) (in tal senso cfr. R. Rivero, *L'indennità di disoccupazione negata al part-time verticale: ritorna il dogma della volontà nel rapporto di lavoro*, cit., p. 407, e A. Andreoni, *Part-time verticale e indennità di disoccupazione: chi ha paura della Corte Costituzionale?*, cit., p. 448. *Contra* cfr. F. Liso, *La tutela per la mancanza di lavoro dei lavoratori precari tra vecchi e nuovi ammortizzatori sociali*, cit., pp. 26-27), secondo cui esistono almeno due argomenti a sostegno della tesi sostenuta da Ss.Uu., n. 1732/2003, per la quale, ai fini del riconoscimento del diritto all'indennità di disoccupazione ai *part-timer* verticali, non è decisiva la sentenza Corte Cost. n. 132/1991. Il primo è riconducibile alla non corretta lettura che, secondo l'Autore, la Corte Costituzionale «fa della sua decisione del 1974 [...] essendo semplicistico leggerla come se avesse statuito che la sola iscrizione al collocamento sia elemento costitutivo del diritto». Il secondo argomento attiene a un elemento di ordine sistematico: nel T.U. delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (d.lgs. n. 151 del 2001), il legislatore, pur aggiornando la disciplina in coerenza proprio con la decisione della Consulta del 1991, «ha provveduto a disporre la neutralizzazione [...] del periodo di mancata prestazione lavorativa previsto dal contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale *ma* ha mantenuto inalterata, invece, la disposizione relativa al trattamento di disoccupazione (art. 24, commi 3 e 4, d.lgs. n. 151/2001). Quindi, il legislatore [...] non ha ritenuto di dover dare seguito alle affermazioni [...] della Corte Costituzionale. E se non lo ha fatto il legislatore, perché avrebbe dovuto la Corte di Cassazione a Sezioni Unite?».

(19) Cfr. Corte d'App. Genova, 8 ottobre 2003, in *Guida lav.* 2003, n. 50, e Corte d'App. Firenze 13 febbraio 2004, su www.unicz.it/lavoro.

(20) Ord. Trib. Roma 11 agosto 2003.

soccupazione (21) determinerebbe una violazione dell'art. 3 Cost., per irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori assunti con contratto di *part-time* verticale annuo (per oggettive esigenze dell'attività aziendale) (22) e lavoratori stagionali (con contratto a termine), nonché dell'art. 38, comma 2, Cost., che comunque garantisce protezione ai disoccupati anche quando la condizione di mancanza di lavoro sia prevista e/o programmata, in relazione al tipo contrattuale prescelto per dar vita al rapporto, ovvero al settore di attività in cui il soggetto è occupato, o ancora in relazione alle condizioni del mercato del lavoro (23).

3. — *La sentenza della Corte Costituzionale 24 marzo 2006, n. 121* — La Consulta, dopo aver respinto l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'I.N.P.S., dichiara infondata la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Roma affermando che tra il lavoro stagionale e il tipo contrattuale del tempo parziale verticale esiste la sostanziale differenza della continuità del rapporto che caratterizza il *part-time*. Sicché, il lavoratore a tempo parziale può fare affidamento sulla retribuzione che percepirà dopo il periodo di inattività «fisiologica» mentre il lavoratore stagionale (con contratto a termine) non gode della medesima garanzia essendo al più soltanto «probabile» una nuova assunzione al termine della fase di stagione morta. Da qui, secondo il ragionamento seguito dalla Corte Costituzionale, l'impossibilità di equiparare le due situazioni e pertanto la conseguente legittimità della esclusione del diritto all'indennità di disoccupazione — per i periodi di non lavoro — nei rapporti a tempo parziale; situazione questa che non violerebbe né l'art. 3 Cost., né il 38, comma 2, Cost., non potendosi ritenere obbligata (per il legislatore) — in ragione della «stabilità del rapporto e della sicurezza retributiva» — la predisposizione di una tutela previdenziale per i periodi di non lavoro.

Queste, dunque, le discutibili motivazioni del rigetto della questione di legittimità (24). Discutibili anzitutto nel presupposto e nelle conseguenze che la Consulta ne trae.

(21) E dell'art. 45, comma 3, r.d.l. n. 1827/1935, in particolare.

(22) Il caso di specie, sottoposto al sindacato del Tribunale di Roma, riguardava una lavoratrice addetta ai servizi di mensa scolastica, con contratto di lavoro a tempo parziale verticale nei mesi da gennaio a giugno e da settembre a dicembre.

(23) Come peraltro espressamente chiarito da Corte Cost. n. 160/1974.

(24) La Consulta, nella decisione in commento, ha altresì ritenuto non in contrasto all'*iter* argomentativo il richiamo fatto dalla sentenza Corte Cost. n. 132/1991 al-

In primo luogo, la Corte Costituzionale effettua la comparazione tra due termini non omogenei: da un lato il lavoro stagionale, e dall'altro il contratto di lavoro a tempo parziale verticale. Una cosa è, infatti, la caratteristica produttiva che determina discontinuità dell'attività aziendale e lavorativa, mentre tutt'altra cosa è la tipologia contrattuale che prevede nel suo programma negoziale la possibilità di erogare la prestazione lavorativa solo in alcuni periodi (della settimana, del mese o) dell'anno *in ragione* proprio di quelle caratteristiche di stagionalità e/o sospensione programmata dell'attività aziendale.

Il «lavoro stagionale», oltre a non costituire di per sé una tipologia contrattuale, non è neppure indicativo della presenza di un unico tipo contrattuale idoneo a rispondere a esigenze di stagionalità o di soste programmate dell'attività produttiva. Infatti, l'ordinamento mette a disposizione dei datori di lavoro due tipi di contratto attraverso il quale soddisfare esigenze aziendali di tal fatta: il contratto a termine e il contratto di lavoro a tempo parziale verticale. D'altro canto, l'art. 76, comma 1, r.d.l. n. 1827/1935, fa riferimento a «periodi di stagione morta» e «a periodi di sosta, per le lavorazioni soggette a normali periodi di sospensione» senza alcuna menzione della tipologia contrattuale.

In secondo luogo, quand'anche si ammettesse l'esistenza di un nesso necessario tra stagionalità dell'attività e tempo determinato del rapporto di lavoro, appare discutibile l'asserita differenza di situazioni tra il soggetto (escluso dall'indennità) che può contare sulla continuità del rapporto e il soggetto (ammesso a godere dell'indennità) che può solo ambire alla riassunzione una volta superato il periodo di stagione morta ovvero di normale sospensione dell'attività aziendale. In proposito, considerato che l'indennità di disoccupazione (a requisiti pieni) costituisce strumento di sostegno al reddito per il lavoratore che ne resti privo (per cause a lui non imputabili), non sembra fondato l'argomentare della Consulta che ritiene non meritevole di tutela il lavoratore *part-timer* solo perché ha la certezza di un reddito «che verrà» una volta superato il periodo di sosta. *L'indennità di disoccupazione, infatti, è strumento di protezione* (non dell'incertezza futura di reperire un lavoro e un reddito, bensì) *della contingente assenza di una fonte di sostentamento per chi vive del proprio lavoro.*

la sentenza n. 160/1974, motivando l'affermazione in modo analogo a quanto già affermato da Cass., Ss.Uu., n. 1732/2003. Sul punto, v. le osservazioni e la dottrina citata alla nota n. 18.

Dunque, l'art. 76, r.d.l. n. 1827/1935, come reinterpretato dallo stesso giudice delle leggi con la sentenza n. 160/1974, pare suscettibile di applicazione analogica – diversamente da quanto sostenuto nella decisione in commento –; sicché il mancato riconoscimento del diritto all'indennità di disoccupazione ai *part-timer* verticali costituisce una evidente violazione del principio di eguaglianza sostanziale.

Ugualmente opinabile è la motivazione del rigetto della questione di legittimità dell'art. 45, r.d.l. n. 1827/1935, rispetto all'art. 38, comma 2, Cost. escludendo dall'area del *costituzionalmente obbligato* una tutela previdenziale per i periodi di pausa della prestazione, sulla base della asserita «stabilità e sicurezza retributiva» del lavoratore a tempo parziale verticale. Ciò in quanto la continuità del rapporto, a differenza del passato, non è più indice di stabilità del reddito, dal momento che, specie dopo il d.lgs. n. 276/2003, sono aumentate le tipologie contrattuali che sotto la coltre della formale continuità del rapporto nascondono la discontinuità della prestazione lavorativa e, dunque, del reddito. Insomma, *la cessazione del rapporto di lavoro non può più essere considerata come indice esclusivo dello stato di bisogno derivante da disoccupazione involontaria, dal momento che situazioni di inattività possono verificarsi anche all'interno di rapporti di lavoro a tempo indeterminato*. Il che, peraltro, fa emergere ancora una volta tutta la inadeguatezza dell'attuale sistema di protezione contro la disoccupazione di fronte alle evoluzioni più recenti del diritto del lavoro.

In definitiva, dalla motivazione si evince che per la Consulta non viene tanto in rilievo la volontarietà della condizione di disoccupazione del *part-timer* verticale quale elemento di *discrimen* rispetto al lavoratore stagionale (a termine) (25), quanto piuttosto la considerazione della continuità del rapporto quale fattore idoneo a escludere l'equiparabilità con i lavoratori a tempo determinato. Con l'ulteriore conseguenza che la mancanza di lavoro determinata da normali periodi di sosta (senza estinzione del rapporto di lavoro) per esigenze produttive aziendali (e, quindi, non riconducibili a scelte libere del prestatore di lavoro *part-time*) non determina una situazione di bisogno tale da rendere la disciplina che regola l'indennità di disoccupazione non conforme al precetto contenuto nell'art. 38, comma 2, Cost.

(25) Come invece sostenuto da Cass., Ss.Uu., n. 1732/2003, che dalla stipula del contratto di lavoro ha dedotto la volontà del lavoratore di restare inattivo per alcuni periodi dell'anno e, quindi, la conseguente volontarietà dello stato di disoccupazione, relativamente ai periodi di non lavoro.

In tal modo, la scelta delle situazioni qualificabili come disoccupazione indennizzabile viene rimessa integralmente alla discrezionalità del legislatore (26), che da ultimo è intervenuto sulla materia delle prestazioni di disoccupazione con l'art. 13 del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (27).

Pur se con una formulazione poco felice (28), il legislatore ha esplicitamente escluso dal novero delle fattispecie di disoccupazione indennizzabile in caso di sospensione (non i contratti, *melius*, i lavoratori assunti con quelle tipologie contrattuali, bensì) le fasi di non-lavoro interne al rapporto di lavoro e connaturate al tipo di contratto prescelto per l'assunzione. E ciò evidentemente proprio in considerazione della controversia sulla indennizzabilità dei periodi di sosta dei lavoratori titolari di rapporto di lavoro a tempo parziale verticale, e nell'intento di evitare che l'innovazione potesse in qualche modo risultare foriera di ulteriore contenzioso giudiziario.

(26) Ma già Cass., Ss.Uu., n. 1732/2003 si è espressa in termini sostanzialmente analoghi. Infatti, le Sezioni Unite, dopo aver elencato i diversi eventi coperti dall'indennità, affermano che essi corrispondono «non già a necessità logiche bensì a scelte discrezionali del legislatore».

(27) Convertito con modifiche in legge 14 maggio 2005, n. 80. Con tale disposizione è stato riconosciuto il diritto all'indennità ordinaria di disoccupazione non agricola con requisiti normali anche ai «lavoratori sospesi in conseguenza di situazioni aziendali dovute a eventi transitori, ovvero determinate da situazioni temporanee di mercato» (art. 13, comma 7, d.l. n. 35/2005), nonché, in presenza delle medesime causali, il diritto all'indennità ordinaria con requisiti ridotti ai lavoratori sospesi del settore artigianato (art. 13, comma 8, d.l. n. 35/2005). Riguardo a queste nuove causali di intervento dell'indennità ordinaria di disoccupazione, va rilevato che esse non costituiscono una novità in senso assoluto. Infatti, già nel 1929, la Cassa nazionale per le assicurazioni sociali definiva «disoccupato» anche «l'operaio sospeso dal lavoro per necessità dell'industria». Inoltre come ricordato in precedenza l'I.N.P.S. (circ. n. 195 del 1998) già riconosceva l'indennità con requisiti ridotti a lavoratori dipendenti da imprese artigiane in caso di inattività derivante da sospensione dell'attività. Sul punto v. M. Cinelli, *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 187, spec. nota n. 9. Peraltro, al successivo comma 9 del citato art. 13, il legislatore ha stabilito che «le disposizioni di cui ai commi 7 e 8 non si applicano [...] nei casi di contratti a tempo indeterminato con previsione di sospensioni programmate e di contratti di lavoro a tempo parziale».

(28) Infatti, il riferimento diretto ai tipi di contratto, e non alle sospensioni in esse previste o programmate (art. 13, comma 9, d.l. n. 35/2005), potrebbe far pensare a una loro esclusione dal campo di applicazione, con la conseguenza che anche qualora riorrebbero – durante le fasi lavorative – le cause legittime di sospensione previste dai commi 7 e 8 del citato art. 13, a questi lavoratori non spetterebbe alcun beneficio. Tuttavia, tale interpretazione non sembra convincente poiché essa condurrebbe a irragionevoli disparità di trattamento rispetto agli altri lavoratori occupati in azienda sulla base di differenti tipologie contrattuali (non escluse). Sicché, molto più

Evidentemente, alla luce di tale opzione legislativa (peraltro sopravvenuta rispetto al momento dell'ordinanza di rimessione), la Consulta ha ritenuto di non incidere, modificandole, sulle scelte compiute dal legislatore, mossa (piuttosto che dai discutibili argomenti indicati in motivazione), molto probabilmente, dalla preoccupazione dell'impatto (specie sulla finanza pubblica) di una decisione «additiva di prestazione», scegliendo così di allinearsi al *self restraint* in materia di diritti previdenziali operato a partire dalla metà degli anni novanta (29).

In tal senso depono sia il fatto che è lo stesso giudice delle leggi a rammentare che, dopo la prima udienza (30), la Corte ha richiesto alla Presidenza del Consiglio alcuni dati allo scopo di valutare l'impatto sulle finanze dell'I.N.P.S. di una eventuale pronuncia di accoglimento della questione di legittimità, sia la circostanza che, nel ritenere non «costituzionalmente obbligata» la predisposizione di una tutela previdenziale per i *part-timer* verticali, ne affida la eventuale realizzazione a scelte discrezionali del legislatore disimpegnandosi in tal modo da ogni responsabilità inerente alle scelte di finanza pubblica.

Tuttavia, proprio tale atteggiamento appare criticabile poiché la decisione della Corte Costituzionale, nell'ancorare la differenza tra (lo stato di bisogno dei) lavoratori stagionali e (quello dei) *part-timer* verticali alla cessazione del rapporto di lavoro e dunque alla possibilità per questi ultimi di contare su un reddito futuro di cui sicuramente godranno, sembra trascurare gli effetti che la nuova disciplina del lavoro a tempo parziale

ragionevole appare l'interpretazione secondo cui, al di là della formulazione letterale poco chiara del dato normativo, anche ai soggetti assunti con contratti di lavoro a tempo indeterminato con previsione di sospensioni lavorative programmate e contratti di lavoro a tempo parziale verticale spetterà l'indennità di disoccupazione qualora la sospensione della loro attività sia determinata da «situazioni aziendali dovute a eventi transitori, ovvero da situazioni temporanee di mercato» e *avvenga durante i periodi lavorativi*.

(29) Sul tema della giurisprudenza costituzionale e sulle tecniche di decisione in materia di diritti previdenziali v. per tutti gli studi di A. Andreoni, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale allo sviluppo dello stato sociale nell'Italia repubblicana*, in *Ass. soc.*, n. 1/1999, pp. 81 ss. spec. pp. 90 ss., e Idem, *Diritti sociali e diritti economici nella Costituzione della Repubblica*, in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. I, parte I, *Diritto e processo del lavoro*, tomo I, Milano, 2004, pp. 63 ss., spec. pp. 98 ss., nonché M. D'Onghia, *La giurisprudenza costituzionale in materia di previdenza sociale: diritti sociali ed equilibrio finanziario*, in *DLRI*, 2000, pp. 81 ss., e con specifico riferimento all'influenza nelle sentenze della Consulta dell'interesse all'equilibrio finanziario dei conti pubblici, pp. 109 ss.

(30) Tenutasi in data 8 febbraio 2005.

può comportare per i lavoratori. Effetti per lo più riguardanti il rischio che la riforma operata con l'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003 releghi questi lavoratori in una condizione di sottoprotezione ancora più accentuata di quella cui erano costretti dalla disciplina previgente a causa del possibile sacrificio di altri diritti dei lavoratori costituzionalmente protetti.

È allora alla luce di questo mutato contesto socio-economico e giuridico che occorre chiedersi se la sola continuità del rapporto costituisca garanzia sufficiente a portare fuori dall'area del costituzionalmente obbligato la prestazione a sostegno del reddito in favore dei *part-timer* e, dunque, a far prevalere – sotto le vesti di tale formale (e formalistica motivazione) – l'interesse generale all'equilibrio finanziario sul riconoscimento di un diritto sociale (31).

4. — *L'impatto della sentenza Corte Cost. n. 121/2006 sulla protezione (attiva e passiva) contro la disoccupazione dei lavoratori a tempo parziale dopo la riforma ex art. 46, d.lgs. n. 276/2003* — In effetti, a parte le critiche più o meno fondate ora riferite alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e a quella delle Sezioni Unite, vi è più che quelle decisioni sono state pronunciate sulla base della vecchia disciplina legale del lavoro a tempo parziale (32).

Oggi ambedue le sentenze considerate esplicano i loro effetti su un impianto normativo del tutto differente nei suoi caratteri essenziali. Infatti, la nuova disciplina del lavoro a tempo parziale introdotta dal d.lgs. n. 276/2003 modifica profondamente il bilanciamento degli interessi realizzato dalla disciplina previgente con la conseguenza che il mancato riconoscimento del diritto all'indennità di disoccupazione a questi lavoratori assume ora un significato molto diverso. Invero, contrariamente a quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella decisione qui in commento, la continuità del rapporto (ma non della prestazione e del reddito) costituisce tutt'altro che condizione di maggiore garanzia del *part-timer* verticale rispetto al lavoratore stagionale (a tempo determinato), e comunque non tale da giustificare una differenziazione di trattamento così marcata (33).

(31) V. par. prec. e in particolare la nota n. 18.

(32) Vale a dire quella di cui all'art. 5, d.l. n. 726/1984, per quanto attiene alla decisione Cass., Ss.Uu., n. 1732/2003, e quella di cui al d.lgs. n. 61/2000 come mod. ex d.lgs. n. 100/2001 quanto invece alla sentenza Corte Cost. n. 121/2006.

(33) Che non si limita esclusivamente all'indennità, ma riguarda anche gli effetti che ne derivano in termini di costruzione del montante contributivo ai fini dell'assi-

Pur non essendo questa la sede per discutere nel merito la riforma del lavoro a tempo parziale operata nel 2003, qualche considerazione in proposito occorre farla, limitatamente a quegli aspetti che maggiormente rilevano ai fini del nostro tema.

In proposito, vi è anzitutto da considerare che lavorare a tempo ridotto penalizza il lavoratore (ove non lo abbia volontariamente scelto) non solo sul piano della minore retribuzione che percepisce, ma anche nella prospettiva della ricerca di altra occupazione da svolgere durante i periodi di non lavoro, che gli permetterebbe di integrare il suo reddito. E ciò, specie (ma non solo) se ha accettato l'inserimento nel contratto individuale di una clausola elastica o di una clausola flessibile. Infatti, le più ampie possibilità di modificazione delle coordinate temporali della prestazione di lavoro non derivano solo dal fatto che allo *ius variandi* relativo alla collocazione temporale (clausole flessibili) è stato aggiunto quello inerente la variazione in aumento della durata della prestazione (clausole elastiche), ma anche da una operazione di generalizzata rimozione delle garanzie che contornavano le clausole elastiche e il lavoro supplementare nella disciplina previgente (34). In tale quadro si colloca anzitutto l'abbandono della «tecnica della “doppia chiave”, collettiva e individuale».

Inoltre, a tale significativo ridimensionamento del ruolo dell'autonomia collettiva nella regolazione degli aspetti più insidiosi del *part-time* (35), devono aggiungersi la soppressione del diritto di ripensamento (36), la riduzione da dieci a due giorni – salvo diversa intesa tra le

curazione I.V.S., poiché come è noto, al trattamento di disoccupazione è annessa anche la contribuzione figurativa, mentre per i *part-timer* al più sono previsti gli istituti della contribuzione volontaria ovvero quello del riscatto. Sul punto Cfr. P. Bozzao, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, cit., pp. 128-129 e 158-159.

(34) Senza considerare la diversa e più vantaggiosa disciplina (per il datore di lavoro) del lavoro supplementare. Cfr. R. Voza, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 237 ss., spec. p. 249, nonché R. Del Punta, *Lavoro a tempo parziale*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, pp. 469 ss., spec. pp. 495 ss.

(35) V. in proposito i rilievi critici di R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 510, S. Scarponi, *Lavoro a tempo parziale*, in E. Gragnoli e A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, pp. 554 ss., spec. pp. 574-575, R. Voza, *op. ult. cit.*, pp. 238 ss., e V. Pinto, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, spec. p. 155.

(36) In precedenza disciplinato dall'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 61/2000, comma riscritto a opera dell'art. 46, comma 1, lett. m, d.lgs. n. 276/2003.

parti – del periodo di preavviso per l'esercizio dello *ius variandi* (37) e, infine, la squilibrata disciplina delle «specifiche compensazioni» (38).

Ne vien fuori, a tacer d'altro, un quadro normativo che rischia di mortificare oltremisura (e, ad avviso di chi scrive, anche oltre il limite della legittimità costituzionale) non solo la posizione di chi volontariamente opta per il *part-time* (39), ma anche quella del soggetto la cui volontà nella scelta del tempo parziale, parafrasando le parole delle Sezioni Unite, talvolta è condizionata dalle oggettive caratteristiche della prestazione.

Ora, l'aspetto maggiormente rilevante delle innovazioni apportate alla disciplina del *part-time* dal legislatore del 2003 è dato dalla più intensa «disponibilità» cui un lavoratore a tempo parziale oggi può essere tenuto in virtù della sottoscrizione di clausole elastiche o flessibili, ovvero delle più agevoli possibilità di ricorso a prestazioni di lavoro supplementare. Un aspetto, questo, che ha importanti implicazioni sul piano della legittimità costituzionale della perdurante esclusione dei *part-timer* (non solo verticali) dal diritto all'indennità di disoccupazione.

In proposito, si deve osservare che la «disponibilità», in quanto consistente nella sottoposizione del lavoratore allo *ius variandi* della collocazione o della durata della prestazione, ha il suo risvolto nella incerta

(37) Art. 3, comma 8, d.lgs. n. 61/2000, mod. a opera dell'art. 46, comma 1, lett. k, d.lgs. n. 276/2003. Su alcuni spunti problematici v. R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 510.

(38) Che non solo vengono corrisposte esclusivamente quando il potere di variazione viene effettivamente esercitato, ma che altresì non necessariamente consistono in maggiorazioni retributive data la genericità del dato letterale. È questo un altro aspetto significativo del generalizzato arretramento di tutele operato con la riforma (art. 3, comma 8, d.lgs. n. 61/2000). In tal senso, R. Voza, *op. ult. cit.*, pp. 247-248, il quale ravvisa il contrasto di queste disposizioni al citato orientamento espresso da Corte Cost. n. 210/1992, nonché R. Del Punta, *op. ult. cit.*, pp. 511-513, secondo cui, in tal modo, il datore di lavoro può modulare la prestazione esattamente in base al proprio fabbisogno senza alcun costo fisso, e, specie rispetto alle clausole elastiche, «può fruire di un impegno preventivo al lavoro supplementare, senza sopportare costi aggiuntivi». *Contra* S. Scarponi, *op. ult. cit.*, p. 577, che interpreta la locuzione «compensazioni specifiche» comunque come «maggiorazione retributiva».

(39) Il quale, non per questo, merita di essere così fortemente penalizzato, dal momento che la scelta del *part-time*, ancorché volontaria, può ben essere finalizzata alla necessità dell'individuo di conciliare l'attività lavorativa con altre attività o esigenze che pure trovano protezione di rango costituzionale. Anche in tale prospettiva la dottrina si è espressa criticamente. Cfr. in proposito S. Scarponi, *op. ult. cit.*, spec. p. 574, nonché F. Bano, *op. ult. cit.*, pp. 310-311 e p. 315.

programmabilità da parte dell'individuo del tempo di non-lavoro, del quale può aver bisogno per soddisfare altre esigenze, alcune di rilievo costituzionale. Tra queste, ai nostri fini, significative sono quelle relative allo svolgimento di altra attività di lavoro attraverso cui conseguire la sufficienza retributiva *ex art.* 36, comma 1, Cost., nonché le altre che nascono dal «diritto al lavoro» *ex art.* 4, comma 1, Cost. e il «diritto all'elevazione professionale» *ex art.* 35, comma 2, Cost. Esigenze che la Consulta aveva ben presenti quando nel 1992 si pronunciò sulla legittimità del cd. *part-time* a chiamata e che, invece, nella nuova disciplina del lavoro a tempo parziale ricevono una minore (se non proprio nulla) considerazione, riducendo in tal modo le possibilità di pieno godimento (per il lavoratore *part-time*), tra gli altri, dei diritti derivanti dallo *status* di disoccupazione a fini di misure di politica attiva per favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro.

Sotto tale profilo, emerge anzitutto un problema di compatibilità tra l'obbligo contrattualmente assunto dal soggetto con la sottoscrizione della clausola elastica o flessibile e la dichiarazione di disponibilità che eventualmente abbia reso al centro per l'impiego. Infatti, non va dimenticato che la conservazione dello *status* di disoccupazione è compatibile con lo svolgimento di attività di lavoro – purché ci si mantenga entro certi limiti di reddito (40) – e che tale previsione, oltre a essere

(40) Art. 4, lett. a, d.lgs. n. 181/2000. Come è noto, a seguito delle modifiche apportate al d.lgs. n. 181/2000 a opera del d.lgs. n. 297/2002, le liste di collocamento sono state soppresse (a eccezione delle liste dei lavoratori in mobilità – art. 6, legge n. 223/1991 –, quelle dei disabili – art. 8, legge n. 68/1999 – e quelle dei lavoratori dello spettacolo – art. 1, d.P.R. 24 settembre 1963, n. 2053) e, attualmente, la volontà del soggetto di trovare nuova occupazione – requisito necessario per fruire dell'indennità ordinaria di disoccupazione a requisiti pieni – viene accertata e attestata mediante una dichiarazione di disponibilità da rendersi ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 181/2000. Cfr. altresì circ. I.N.P.S. 30 giugno 2003, n. 117, nella quale vengono indicate le modalità operative relative ai nuovi adempimenti cui è tenuto un soggetto disoccupato al fine di beneficiare dell'indennità di disoccupazione, a seguito della soppressione delle liste di collocamento. Peraltro, è appena il caso di segnalare che mentre la dichiarazione di disponibilità è necessaria per beneficiare della prestazione previdenziale, le disposizioni *ex art.* 4, d.lgs. n. 181/2000, che disciplina la conservazione e la perdita dello *status* di disoccupazione, valgono soltanto ai fini del diritto al godimento delle misure di politica attiva predisposte dal locale centro per l'impiego, ma non anche per il mantenimento della condizione di disoccupato ai fini delle misure previdenziali, e ciò perché il godimento dell'indennità ordinaria di disoccupazione (a requisiti pieni) è incompatibile con lo svolgimento di attività lavorativa. Cfr. in proposito msg. I.N.P.S. n. 19229/2004. Sul tema v. per tutti D. Garofalo, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Bari, Cacucci, 2004, spec. pp. 278 ss.

stabilita come incentivo all'accettazione di occasioni di occupazione, pur se precarie, assume anche la valenza di strumento attraverso cui assecondare le aspettative dell'individuo di conseguire altra occupazione migliore di quella posseduta o comunque idonea a integrare il livello di reddito percepito con quella che già possiede.

Sicché, alla luce di quanto osservato, ci si chiede come possa una tale disciplina essere compatibile con quella che attualmente regola il lavoro a tempo parziale, dal momento che l'abolizione del diritto di ripensamento espone il lavoratore alla impossibilità di sottrarsi alle obbligazioni nascenti da un patto che magari ha sottoscritto al momento dell'assunzione e che, anzi, ne costituiva condizione *sine qua non*. E ciò anche qualora il rifiuto fosse motivato con l'accettazione di un'altra offerta di lavoro (41). Lo stesso potrebbe dirsi rispetto alla partecipazione a una iniziativa formativa proposta dal centro per l'impiego la cui frequenza si sovrapponesse a eventuali richieste di prestazioni lavorative da parte del datore di lavoro che eserciti (legittimamente) lo *ius variandi* pattuito in contratto (42).

Ma non è tutto: infatti, poiché la «disponibilità» amplia la durata del periodo di tempo durante il quale il lavoratore è soggetto al potere del datore (43), potendo questi pretendere in qualsiasi momento – salvo il preavviso – l'esecuzione della prestazione, essa finisce per estendere la portata del vincolo di subordinazione. Ciò nonostante, a fronte di questo maggiore impegno temporale del lavoratore, il legislatore ha previsto (non un vero e proprio corrispettivo, ma) solo «specifiche compensazioni» non necessariamente consistenti in maggiorazioni retributive. Ora, a parte ogni considerazione sulla differenza di trattamento rispetto a lavoratori titolari di rapporti in cui la «disponibilità» ha la sua con-

(41) Semmai, l'impegno assunto con la sottoscrizione delle clausole accessorie potrebbe costituire motivo legittimo di rifiuto dell'offerta ai fini del mantenimento dello *status* di disoccupazione. Il riferimento è alla possibilità prevista dall'art. 4, lett. *b* e *c*, d.lgs. n. 181/2000, e succ. mod. di escludere la perdita dello *status* tutte le volte che il rifiuto di una occasione di lavoro, ovvero la mancata risposta alla convocazione per la partecipazione a iniziative proposte dal Centro per l'impiego presso il quale si è resa dichiarazione di disponibilità, siano sorretti da un giustificato motivo.

(42) A meno di non ritenere plausibile l'interpretazione di chi afferma l'esistenza di un giustificato motivo di rifiuto in presenza di esigenze protette da disposizioni costituzionali; S. Scarponi, *op. ult. cit.*, pp. 567-568.

(43) Cfr. V. Bavaro, *Osservazioni su tempo parziale, tempo flessibile e dogmatica contrattuale*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., pp. 55 ss., spec. p. 62.

troprestazione in una omonima indennità (44), sotto il profilo dell'assenza di un sicuro corrispettivo a fronte del più pregante impegno temporale assunto, viene in rilievo l'esoso ridimensionamento che subisce il lavoratore nelle sue aspettative di conseguire una retribuzione sufficiente *ex art.* 36, comma 1, Cost., la cui mancanza, peraltro, costituisce evento protetto dall'art. 38, comma 2, Cost., sotto forma di provvidenza adeguata alle esigenze di vita.

Alla luce di tutto ciò, ad avviso di chi scrive, esistono fondati motivi per dubitare fortemente della ragionevolezza di un siffatto assetto normativo. Giacché, e forse non è superfluo sottolinearlo, *la sottoscrizione di una clausola elastica o flessibile assume comunque un significato non diverso da quello di una «dichiarazione di disponibilità» al lavoro resa da chi, essendone completamente privo – come peraltro è un *part-timer* durante i periodi di inattività –, la rende a un centro per l'impiego*. E ciò da un duplice punto di vista: in primo luogo le due «dichiarazioni» possono coesistere (seppure con frizioni di non poco momento) dimostrando in tal modo che il *part-timer* può certamente essere considerato un disoccupato involontario (al contrario di quanto affermato da Cass., Ss.Uu., n. 1732/2003); in secondo luogo, la dichiarazione di disponibilità ad accettare l'esercizio del potere datoriale sul tempo di non-lavoro altro non è che un chiaro indice della volontà del *part timer* di occuparsi a tempo pieno ovvero, leggendola al contrario, un chiaro indice della involontarietà della parziale disoccupazione (45).

In definitiva, non sembra potersi dubitare del fatto che il *part-timer*, specie se accetta l'inserimento nel contratto di una clausola flessibile o elastica, riceve nell'ordinamento una tutela inferiore rispetto a quella attribuita ad altre categorie di lavoratori, in particolare di quelli a tempo determinato che acquisiscono e/o conservano lo *status* ai fini delle misure di politica attiva esercitando pienamente i diritti che da questo de-

(44) Ci si riferisce al contratto di lavoro a tempo indeterminato stipulato nell'ambito di un contratto di somministrazione e al contratto di lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata (rispettivamente artt. 22, commi 3 e 36, d.lgs. n. 276/2003).

(45) Con questo, peraltro, non si intende sostenere che chi rifiuti l'inserimento delle clausole accessorie nel contratto di lavoro sia volontariamente disoccupato (durante i periodi di non lavoro), ma si intende solo sottolineare che dalla sottoscrizione del patto di elasticità/flessibilità è possibile ricavare un ulteriore parametro alla luce del quale valutare il comportamento e la condizione del prestatore di lavoro a tempo parziale ai fini dell'imputabilità della carenza di lavoro e, quindi, del godimento delle misure previdenziali poste a garanzia del reddito.

rivano e percepiscono l'indennità di disoccupazione (con l'annessa contribuzione figurativa) all'atto dell'estinzione del rapporto (46).

Pertanto, se è vero che il sistema di tutela del lavoro voluto dal Costituente è costruito principalmente sul duplice principio della garanzia del reddito (*ex art. 36, comma 1, Cost. in costanza di rapporto ed ex art. 38, comma 2, Cost. in mancanza di lavoro*) (47) e dell'«accesso in condizioni di uguaglianza alle opportunità occupazionali» (48) (*ex art. 4, comma 1, Cost.*), sembra difficilmente confutabile la conclusione che la nuova disciplina del lavoro a tempo parziale releghi il lavoratore in una ingiustificata posizione di svantaggio rispetto ad altri soggetti per i quali gli interessi sottesi alle tre richiamate disposizioni costituzionali trovano una più ampia soddisfazione.

5. — *Il difficile bilanciamento tra esigenze finanziarie e attuazione dei diritti sociali* — È alla luce delle considerazioni sopra riferite che, per un verso, le argomentazioni addotte dalla Consulta a fondamento del rigetto della questione di legittimità appaiono formalistiche e prive di solidità e, per l'altro verso, che, a nostro avviso, la reale motivazione della decisione è da ricercarsi nel timore dell'impatto finanziario che la eventuale dichiarazione di illegittimità avrebbe prodotto sull'I.N.P.S. e, in ultima analisi, sulla finanza pubblica.

Timore, questo, presumibilmente fondato dal momento che la maggiore appetibilità (per le imprese) dei rapporti di lavoro a tempo parziale post-riforma, unitamente alla crescente scarsità di occasioni di lavoro a tempo pieno e indeterminato, avrebbero determinato, in caso di sentenza di accoglimento, un simultaneo e proporzionale incremento dei beneficiari delle prestazioni di disoccupazione (49). Alla

(46) Peraltro, l'attuale maggiore agibilità del lavoro supplementare pone il lavoratore *part-time* con prestazione organizzata con modalità orizzontale in una condizione (di sottoprotezione) non molto dissimile da quella del *part-timer* verticale che abbia accettato il patto di elasticità, seppure con qualche garanzia in più. Sul punto cfr. R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 498, nonché pp. 501-502; R. Voza, *op. ult. cit.*, p. 243, nonché S. Scarponi, *op. ult. cit.*, pp. 567-568.

(47) Cfr. B. Veneziani, *La crisi del welfare state e i mutamenti del diritto del lavoro in Italia*, in *q. Riv.*, 1996, I, pp. 69 ss., spec. pp. 109-110.

(48) *Ibidem*, p. 91.

(49) A tutto il 2004, secondo i dati forniti dall'I.N.P.S. (e acquisiti agli atti processuali), le vertenze aventi a oggetto l'indennità di disoccupazione per i lavoratori a tempo parziale sono state 56. Il dato tuttavia è poco significativo se si considera che il numero degli occupati a tempo parziale è in costante crescita. Infatti, secondo la rilevazione I.S.T.A.T. delle forze di lavoro – IV trimestre 2005 – nel solo ultimo perio-

luce di ciò, allora, il giudice delle leggi ha evidentemente preferito rimettere al legislatore la facoltà (o meno) di dare attuazione al diritto all'indennità.

Ma il punto è proprio questo: seppure il vincolo delle risorse finanziarie ormai da tempo costituisce un elemento presente nelle decisioni della Consulta e nelle operazioni di bilanciamento da essa compiute, e seppure il giudice costituzionale sempre meno tende a utilizzare sentenze «additive di prestazione» incidendo anche in modo significativo sui programmi di spesa di governo e Parlamento (50), non si può nondimeno condividere la decisione annotata e le sue argomentazioni, specie se confrontate con quelle utilizzate in altre occasioni.

Pur non potendo aprire in questa sede una riflessione sugli indirizzi e sulle tecniche di decisione della giurisprudenza costituzionale mirate a realizzare il bilanciamento tra esigenze di equilibrio finanziario e realizzazione/attuazione dei diritti sociali, a conclusione di questo commento, alcune considerazioni in proposito possono essere fatte.

In effetti, se è vero che nell'ultimo decennio la «soglia di ciò che è "costituzionalmente obbligato" si è progressivamente ristretta "ai soli casi in cui la disuguaglianza del trattamento previdenziale, o la violazione di altro parametro solidaristico della Costituzione, siano così evidenti e di proporzioni tali da non poter essere tollerate"» (51), è altresì evidente, da un lato, che la vicenda dei lavoratori con contratto a tempo parziale di tipo verticale sembra rispondere perfettamente a tale criterio e, dall'altro, che la decisione della Consulta rimette alla discrezionalità del legislatore non solo il *quantum* e/o il *quomodo* del diritto alla prestazione previdenziale, bensì l'*an* dello stesso. Trascurando che, pur essendo i diritti previdenziali riconducibili alla categoria dei diritti sociali «condizionati», «l'eventuale mancanza del presupposto condizionante [...] non può mai toccare la garanzia del *se* e del *quid* del diritto» (52).

do dell'anno l'occupazione a orario ridotto è cresciuta del 2,5% (0,3% su base annua), raggiungendo i 2.233.000 di unità (considerando i soli lavoratori subordinati a tempo indeterminato e a termine), in una annata caratterizzata da un andamento negativo per l'occupazione.

(50) Il vincolo delle risorse disponibili soccombe soltanto qualora venga in discussione la «garanzia delle esigenze minime di protezione della persona». In tal senso, cfr. tra le tante, Corte Cost. 12 luglio 2002, 342, conf. Corte. Cost. 8 giugno 2001, n. 180, Corte Cost., 30 dicembre 1998, n. 457.

(51) M. D'Onghia, *op. ult. cit.*, p. 114.

(52) Cfr. A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *EGT*, vol. XI, 1989, p. 31, il quale peraltro rileva che l'inerzia dell'organo legiferante abilita la Corte Costituzionale a sin-

E ciò è ancor più vero quando a venire in discussione è l'effettività non solo e non tanto del diritto a trattamenti previdenziali, quanto piuttosto di altri diritti dei lavoratori costituzionalmente garantiti (talvolta da norme immediatamente precettive come nel caso dell'art. 36, comma 1, Cost.) rispetto ai quali quello alle prestazioni previdenziali ha solo un ruolo residuale e surrogatorio.

Insomma, al legislatore può essere al più attribuita la scelta sulle modalità di riequilibrio delle posizioni soggettive dei lavoratori a tempo parziale, attraverso una maggiore tutela interna al rapporto di lavoro oppure, in alternativa, mediante il riconoscimento del diritto alla indennità di disoccupazione, restando in tal caso rimessa allo stesso organo legiferante la soluzione del problema di come reperire le risorse necessarie. In caso contrario, di fronte al sacrificio simultaneo di più posizioni costituzionalmente protette e tutte riconducibili alla stessa categoria di individui, verrebbe meno proprio la prospettiva di bilanciamento entro cui si collocano interessi e valori di rilievo costituzionale.

Il che è esattamente quanto accade per effetto della decisione della Consulta qui in commento; effetto consistente nella negazione della natura e della funzione «residuale» dei diritti previdenziali rispetto agli altri diritti (sociali) costituzionalmente riconosciuti pure riguardanti il lavoro. Diritti sociali previdenziali (art. 38, comma 2, Cost.) che hanno «funzione di garanzia della invarianza del reddito da lavoro [...] e compaiono quando l'impianto offerto dal binomio "diritto al lavoro" e "diritto alla retribuzione adeguata", non sia ipotizzabile [...] o manchi di effettività» (53).

Trovano così conferma i timori di quella dottrina che nell'applicazione della tecnica del bilanciamento (fra due interessi non paritari quali appunto quelli sottesi rispettivamente al diritto alle prestazioni previdenziali e alle esigenze di bilancio) e nell'affermazione del principio della graduazione delle prestazioni sociali individua «un margine di discrezionalità politica [...] nel determinare i contenuti dei diritti costituzionali» (54). E ciò nonostante nella decisione qui commentata il vincolo finanziario non sia stato esplicitamente utilizzato

dacarne l'operato qualora «il legislatore non abbia usato la dovuta ragionevolezza nel ponderare l'attuazione dei diritti stessi all'interno del bilanciamento con gli altri interessi primari garantiti dalla Costituzione».

(53) A. Andreoni, *op. ult. cit.*, cit., p. 97.

(54) Cfr. M. D'Onghia, *op. ult. cit.*, pp. 116-117.

come «giustificazione stereotipata» (55) a sostegno del mancato accoglimento della questione di legittimità.

In ragione di quanto riferito, ben avrebbe potuto la Corte Costituzionale optare per una sentenza «additiva di principio» (56) con cui superare la irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori stagionali (a tempo determinato) e lavoratori (stagionali) con contratto a tempo parziale verticale, poiché in tal modo sarebbe stata salvaguardata l'effettività del diritto senza comprimere del tutto la discrezionalità del legislatore, al quale sarebbe comunque restata la scelta sulle modalità e sui tempi di attuazione del diritto, anche con riferimento alle paventate difficoltà (57) di distinguere tra *part-time* «volontariamente scelto» e *part-time* «imposto» dalle oggettive caratteristiche dell'attività aziendale.

E seppure è vero che la tecnica decisoria proposta si espone comunque al rischio di svuotare di ogni contenuto il sindacato del giudice costituzionale per effetto della possibile inerzia del legislatore (58), quan-

(55) L'espressione è di A. Andreoni, *Il contributo della giurisprudenza allo sviluppo dello stato sociale*, cit., p. 95.

(56) Come d'altra parte già accaduto proprio in materia di indennità di disoccupazione in occasione della sentenza Corte Cost. n. 497/1988 (in q. *Riv.*, 1988, III, pp. 234 ss., con nota di P. Boer, *Corte Costituzionale e indennità di disoccupazione*) con la quale la Consulta dichiarò l'illegittimità dell'art. 13, d.l. n. 30/1974, convertito nella legge n. 114/1974, in quanto tale norma, nel prevedere l'ammontare dell'indennità giornaliera di disoccupazione, non fissava alcun meccanismo di adeguamento al costo della vita, sicché, a causa del processo inflattivo, la misura della prestazione previdenziale non rispondeva più al canone dell'adeguatezza stabilito dall'art. 38, comma 2, Cost. Tuttavia, la Consulta si limitò a questo, lasciando al legislatore l'onere di introdurre un meccanismo di adeguamento.

(57) Timore implicitamente manifestato da Cass., Ss.Uu., n. 1732/2003 allorché afferma che il riconoscimento del diritto all'indennità di disoccupazione anche ai *part-timer* verticali comporterebbe il rischio di una incontrollata proliferazione di fattispecie di disoccupazione indennizzabile, rimessa sostanzialmente alla discrezionalità dei privati.

(58) Così M. G. Garofalo, *Il sindacato di legittimità costituzionale dell'adeguatezza dei trattamenti previdenziali*, in q. *Riv.*, 1989, III, pp. 39 ss., spec. p. 41. Problema peraltro superabile con un sotto-tipo della sentenza additiva di principio, vale a dire la cd. «additiva di principio con termine per il legislatore» attraverso la quale il giudice costituzionale non solo fissa il principio generale, ma individua anche criteri specifici (tra cui eventualmente anche termini temporali) ai quali il legislatore deve attenersi nel dare attuazione al diritto, tuttavia precludendo al contempo ai giudici comuni la possibilità di applicare il principio indicato dalla Corte; cfr. sul punto ancora M. D'Onghia, *op. ult. cit.*, p. 88, la quale opportunamente rileva che, attraverso l'uso di tale tecnica decisoria, è possibile «conciliare le esigenze

to meno il diritto resterebbe accertato nell'*an* e nel *quid* e, presto o tardi, il legislatore sarebbe costretto a darvi attuazione, assumendosi direttamente la responsabilità degli eventuali incrementi di spesa conseguenti alla sentenza, ma avendo altresì la facoltà di individuare la via più in linea con la politica economica perseguita (59).

6. — *Il mancato riconoscimento del diritto all'indennità di disoccupazione ai part-timer verticali e la disciplina comunitaria antidiscriminatoria* — A conclusione di queste brevi riflessioni sulla recente decisione della Consulta, si deve sottolineare che le considerazioni sin qui svolte, anche con riferimento a quanto previsto dall'art. 13, comma 9, legge n. 80/2005, paiono altresì rilevanti sotto il diverso profilo del quadro normativo comunitario. Ci si riferisce in particolare alla possibile non conformità del richiamato art. 13 e dell'art. 45, r.d.l. n. 1827/1935 (nell'interpretazione data dalla Consulta), alle disposizioni della Direttiva n. 79/7/Cee (60) relativa alla «graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale».

Occorre preliminarmente rammentare che la Direttiva n. 79/7/Cee, sotto il profilo soggettivo, si applica alla «popolazione attiva» (61), mentre sotto il profilo oggettivo riguarda, tra gli altri, i «regimi legali che assicurano una protezione contro i rischi di [...] disoccupazione» (62). Inoltre, l'art. 4 della Direttiva del 1979 prevede che il principio di parità di trattamento «implica l'assenza di qualsiasi discriminazione direttamente o indirettamente fondata sul sesso», specificamente (ma non solo) per quanto riguarda «il campo di applicazione dei regimi e le *condizioni di ammissione* a essi» (63). Sicché, per un verso la direttiva tro-

del controllo di legittimità costituzionale con quelle della discrezionalità legislativa e con la salvaguardia del potere di determinazione della spesa pubblica».

(59) In tal senso ancora M. D'Onghia, *op. ult. cit.*, p. 112.

(60) Adottata in attuazione dell'art. 1.2, Direttiva n. 76/207/Cee.

(61) Secondo l'art. 2, Direttiva n. 79/7/Cee, nella nozione di «popolazione attiva» sono compresi anche i lavoratori indipendenti, i lavoratori la cui attività si trova interrotta per malattia, infortunio o disoccupazione involontaria e le persone in cerca di lavoro.

(62) Art. 3, lett. a, Direttiva n. 79/7/Cee.

(63) L'art. 4, infatti, specifica che il divieto di discriminazioni dirette e/o indirette fondate sul sesso riguarda altresì l'obbligo di versare i contributi, nonché il calcolo dei contributi e le condizioni relative alla durata e al mantenimento del diritto alle prestazioni.

va sicuramente applicazione sia ai lavoratori a tempo parziale sia all'assicurazione disoccupazione; per l'altro verso, dalla lettura dell'art. 13, comma 9, legge n. 80/2005, nonché dalla interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale all'art. 45 del r.d.l. n. 1827/1935, emerge che a escludere il riconoscimento del diritto alla prestazione previdenziale ai lavoratori con contratto a tempo parziale verticale è la *permanenza* del rapporto di lavoro unitamente alla riconducibilità dei periodi di inattività al programma negoziale che caratterizza il tipo contrattuale prescelto. Elementi, questi, che costituiscono una «condizione di ammissione» e pertanto certamente rientranti tra quelli che caratterizzano i regimi previdenziali rispetto ai quali la direttiva sancisce il divieto di discriminazione indiretta, qui rilevante.

In proposito si deve osservare che ai sensi della disciplina comunitaria e per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee (d'ora in poi, Corte di Giustizia Ce), il divieto di discriminazione indiretta sancito dall'art. 4, n. 1, della Direttiva del 1979, «osta all'applicazione di un provvedimento nazionale che, benché formulato in modo neutro, di fatto sfavorisca un numero molto più alto di donne che di uomini, a meno che la misura non sia giustificata da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso» (64).

Questa nozione di discriminazione indiretta – di derivazione giurisprudenziale – oggi è stata in parte superata da quella contenuta nella Direttiva n. 02/73/Ce che ha modificato la Direttiva n. 76/207/Cee relativa *all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro*, introducendo una specifica definizione, prima mancante (65). Sembra opportuno sottolineare che esistono fondate ragioni per ritenere che questa nuova nozione di discriminazione indiretta trovi applicazione anche in materia di sicurezza sociale. In effetti, la Direttiva del 1976 all'art. 1 prevede che lo scopo perseguito non è solo l'attuazione della parità di trattamento

(64) Così tra le tante v. Corte di Giustizia Ce, 13 luglio 1989, C-171/88 Corte di Giustizia Ce, 24 febbraio 1994, C-343/92.

(65) In generale, sulla nozione comunitaria di discriminazione indiretta basata sul sesso, v. per tutti M. Barbera, *Eguaglianza e discriminazione nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, pp. 399 ss., D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 131 ss., *ivi* ampl. rif.

fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, la promozione, e l'accesso alla formazione professionale, ma anche la sicurezza sociale, rinviando tuttavia al futuro l'adozione di uno specifico provvedimento in materia che ne precisi «il contenuto, la portata e le modalità di applicazione». Tale impegno è stato assolto con la richiamata Direttiva n. 79/7/Cee che, tuttavia, come specificato dal legislatore comunitario, ha solo precisato contenuto, portata e modalità di applicazione del principio di parità in relazione ai regimi legali di sicurezza sociale, ma non anche la nozione di discriminazione (diretta e) indiretta, per la quale, dunque, si ritiene occorra riferirsi a quella nuova contemplata dalla Direttiva n. 76/207/Cee. In altri termini, nonostante la disciplina comunitaria del 1976 non trovi espressamente applicazione in materia previdenziale, non sembrano esservi ostacoli a che a esso si faccia riferimento per la nozione di discriminazione indiretta. Ciò in quanto la menzione della materia della sicurezza sociale tra gli ambiti in cui la direttiva intende attuare il principio di parità (66) e il provvedimento da adottare successivamente possono essere considerati alla stregua di un rinvio per *relationem*. Sembra insomma che le direttive del 1976 e del 1979 costituiscano discipline complementari che attuano il principio di parità di trattamento (67), rispetto a un medesimo «fattore di rischio» – il sesso – ma in ambiti differenti: in quello delle «condizioni di lavoro» la Direttiva n. 76/207/Cee, in quello dei regimi legali di sicurezza sociale, la Direttiva n. 7/79/Cee (68).

(66) Seppure alle condizioni di cui all'art. 1.2, Direttiva n. 76/207/Cee.

(67) Implicante il divieto di discriminazione indiretta.

(68) D'altra parte, è lo stesso legislatore comunitario, in occasione della adozione della Direttiva n. 86/378/Cee *relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale*, a premettere nel preambolo che «l'attuazione di detto principio [di parità, *n.d.r.*] presuppone l'adozione di misure complementari che ne chiariscano la portata», includendo tra queste le direttive del 1976 e del 1979. Sotto un diverso profilo, va qui rilevata la posizione di una parte della dottrina che, argomentando dalla mancata inclusione nel campo di applicazione della Direttiva n. 97/80/Ce riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso, ne ha dedotto l'impossibilità di contestare «la natura indirettamente discriminatoria di una misura nazionale di carattere previdenziale»; così M. Roccella, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *DLRI*, 1999, pp. 33 ss, spec. p. 56. A parte l'opinione differente di altra Autrice (D. Izzi, *op. ult. cit.*, p. 137) secondo la quale, al più, l'esclusione dal campo di applicazione della Direttiva n. 97/80/Ce della previdenza pubblica obbligatoria determinerebbe la sola inapplicabilità dell'alleggerimento del meccanismo dell'onere della prova ivi previsto, vi è più che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla parità in materia di regimi legali di sicurezza

Ciò premesso, il nuovo art. 2 della Direttiva n. 76/207/Cee qualifica come discriminazione indiretta la «situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari» (69).

Come rilevato in dottrina, la nuova nozione di discriminazione indiretta si caratterizza sia per il venire meno del «riferimento alla soglia quantitativa dei soggetti a rischio colpita dall'effetto sfavorevole che, pertanto, potrà essere ritenuto discriminatorio a prescindere dal fatto che colpisca *in modo proporzionalmente maggiore*» uno dei due sessi, sia perché è possibile qualificare come discriminatorio anche l'effetto sproporzionato «meramente ipotetico» (70).

sociale ha in più occasioni utilizzato una nozione di discriminazione indiretta non diversa da quella codificata nel provvedimento del 1997, a dimostrazione che non sembrano esistere valide ragioni che ostacolino la posizione riferita nel testo. Si v. in proposito Corte di Giustizia Ce, 14 dicembre 1995, C-317/93 in cui si afferma che «l'art. 4, n. 1, della direttiva osta all'applicazione di un provvedimento nazionale che, benché formulato in modo neutro, di fatto sfavorisca un numero molto più alto di donne che di uomini, a meno che non sia giustificato da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso. Ciò avviene quando i mezzi prescelti rispondano a uno scopo legittimo della politica sociale dello Stato membro cui appartiene la normativa di cui trattasi, siano idonei a raggiungere lo scopo da questa perseguito e siano necessari a tale fine» e la si confronti con la nozione di discriminazione di cui al 2.2. della Direttiva del 1997, secondo cui «sussiste discriminazione indiretta quando una posizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri colpiscono una quota nettamente più elevata d'individui d'uno dei due sessi a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano adeguati e necessari e possano essere giustificati da ragioni obiettive non basate sul sesso». Si v. infine la proposta di direttiva presentata dalla Commissione il 21 aprile 2004, COM 2004-279, riguardante «l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego» che interessa anche la materia della previdenza sociale e che si inserisce in quel processo di progressiva unificazione della disciplina antidiscriminatoria. Cfr. sul punto P. Chieco, *op. ult. cit.*, p. 22, nota n. 84.

(69) La Direttiva n. 02/73/Ce è stata attuata nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 145/2005 poi trasfuso nel «codice delle pari opportunità tra uomo e donna», d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198. Per un commento sulla attuazione delle direttive comunitarie antidiscriminatorie (incluse le Direttive n. 00/43/Ce e n. 00/78/Ce) v. per tutti P. Chieco, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, datt. in corso di pubblicazione in q. *Riv.*, n. 3/2006, e *ivi* ampl. rif.

(70) Così P. Chieco, *op. ult. cit.*, p. 17.

Non sembra potersi dubitare del fatto che, dato l'elevato numero di donne impiegate in lavori a tempo parziale (a prescindere da quanto maggiore sia il loro numero rispetto agli uomini) (71), l'esclusione dal diritto alla indennità di disoccupazione espressamente previsto dall'art. 13, comma 9, legge n. 80/2005, e ribadito da Corte Cost. n. 121/2006 (con riferimento alla interpretazione da dare all'art. 45, r.d.l. n. 1827/1935), produce effetti svantaggiosi verso le lavoratrici *involontariamente disoccupate*. Effetti che, peraltro, come rilevato, non si limitano al solo mancato beneficio della misura di sostegno al reddito, ma si estendono anche alla costruzione del montante contributivo rilevante ai fini pensionistici, considerato che all'indennità di disoccupazione si affianca la contribuzione figurativa per tutto il periodo di godimento della prestazione previdenziale.

Tuttavia, la presenza (o la mera possibilità) di un effetto «di particolare svantaggio» che interessa solo i lavoratori di un sesso è condizione necessaria ma non sufficiente affinché si abbia una discriminazione indiretta. In effetti, la nuova formulazione dell'art. 2 della Direttiva del 1976 prevede la esenzione qualora la disposizione che determina il *disparate impact* persegua una finalità legittima e i mezzi all'uopo impiegati siano appropriati e necessari (72). Il requisito della legittimità richiama direttamente quello della meritevolezza dello scopo perseguito (alla luce dei *principi* costituzionali interni e delle norme comunitarie); la necessità implica che il criterio neutro (che tuttavia produce l'effetto di sperequazione) deve essere insuscettibile di sostituzione con altro criterio, mentre l'adeguatezza implica la proporzionalità rispetto al fine perseguito (73).

(71) Peraltro, quand'anche non si condividesse l'impostazione prescelta, vale a dire l'utilizzo della nozione di cui alla Direttiva n. 02/73/Ce, sta di fatto che le statistiche mostrano che il maggior numero di lavoratori a tempo parziale è di sesso femminile. Sicché sarebbe comunque facilmente dimostrabile che l'effetto differenziale si ripercuote in misura maggiore sulle lavoratrici. V. in proposito la rilevazione trimestrale I.S.T.A.T. delle forze di lavoro dalla quale risulta (IV-2005) che su un totale di 2.233.000 *part-timer* ben 1.847.000 sono donne.

(72) Ma in proposito v. già la precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia citata alla nota 53, in cui si parla di «fattori obiettivi estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso». Fattori che sussistono quando i «mezzi prescelti rispondono a uno scopo necessario per la politica sociale, sono idonei a raggiungere lo scopo da questa perseguito e sono necessari a tal fine».

(73) V. ancora P. Chieco, *op. ult. cit.*, pp. 18 e 20, al quale pure si rinvia per le questioni interpretative sorte a seguito dell'attuazione italiana della Direttiva n. 02/73/Ce, in particolare per quanto attiene ai casi di esenzione per le discriminazio-

Alla luce di quanto rilevato in precedenza, le ragioni addotte dalla Consulta a sostegno del mancato riconoscimento ai *part-timer* verticali del diritto alla indennità di disoccupazione, a parere di scrive, non sembrano costituire quella ragionevole giustificazione, tale da legittimare, al cospetto della disciplina comunitaria, gli effetti discriminatori che ne conseguono. In altri termini, l'argomentazione usata dalla Corte Costituzionale basata sulla continuità del rapporto di lavoro per i *part-timer* non sembra fondare una motivazione idonea a escludere l'irragionevolezza dell'effetto sperequato che si produce nei confronti delle lavoratrici, dal momento che la continuità del vincolo contrattuale non garantisce la stabilità retributiva e dunque l'assenza dello stato di bisogno dovuto a involontaria inattività per condizioni oggettive del mercato del lavoro che legittima l'accesso al godimento della misura previdenziale. E ciò vale anche per quanto previsto dall'art. 13, comma 9, legge n. 80/2005.

Inoltre, come è possibile rilevare dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia sul principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale, una misura o un trattamento produttivo di un effetto sperequato non è indirettamente discriminatorio soltanto qualora risulti giustificato dal perseguimento di scopi di politica sociale da parte del legislatore nazionale (74).

Sotto questo profilo, l'unico obiettivo perseguito dal legislatore – implicitamente avallato dalla Consulta – *sembra* essere quello del risparmio finanziario e delle esigenze di bilancio che, tuttavia, secondo la Corte di Giustizia Ce non possono *di per sé sole* costituire giustificazione di un trattamento (neutro, ma) a effetto differenziale tra uomini e donne. In particolare, la Corte di Giustizia Ce ha affermato che se così non fosse, ne conseguirebbe «che l'applicazione e la portata di una norma tanto fondamentale del diritto comunitario come quella della parità tra uomini e donne possano variare, nel tempo e nello spazio, a seconda della situazione delle finanze pubbliche degli Stati membri» (75).

ni di genere che, secondo l'art. 25, comma 2, del d.lgs. n. 198/2006, opera non solo in presenza dei requisiti individuati dalla direttiva indicati nel testo, ma anche quando una disposizione, un criterio, una prassi riguardi «requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa».

(74) Tra le tante Corte di Giustizia Ce 7 maggio 1991 C-229/89, Corte di Giustizia Ce 19 novembre 1992, C-226/91, Corte di Giustizia Ce 14 dicembre 1995, C-444/93.

(75) Così Corte di Giustizia Ce 23 ottobre 2003, C-4/02 e C-5/02. Ma già in precedenza v. Corte di Giustizia Ce 6 aprile 2000, C-226/98 nonché Corte di Giustizia

Sicché, l'esclusione dei *part-timer* verticale dal godimento dell'indennità di disoccupazione (con gli effetti di sperequazione che ne derivano per le lavoratrici) difficilmente potrebbe superare indenne il sindacato del giudice comunitario, a causa della irragionevolezza di tale assetto a cui fa da *pendant* l'impossibilità di giustificarlo con il perseguimento del *solo* obiettivo di equilibrio dei conti pubblici.

Ce 24 febbraio 1994, C-343/92. Peraltro proprio in quest'ultimo procedimento la Corte di Giustizia ha altresì affermato che «soltanto le persone che rientrano nell'ambito di applicazione *ratione personae* della Direttiva n. 79/7/Cee, definito all'art. 2, e coloro che subiscono gli effetti di una disposizione nazionale discriminatoria a titolo di un'altra persona che rientri nell'ambito di applicazione della direttiva possono, in caso di incompatibilità di una normativa nazionale con l'art. 4, n. 1, di questa, far valere detta disposizione dinanzi ai giudici nazionali per escludere l'applicazione della normativa nazionale». Si deve comunque rilevare che lo stesso giudice comunitario (Corte di Giustizia Ce 14 dicembre 1995, C-317/93) ha negato l'esistenza di una discriminazione indiretta a una normativa nazionale che escluda dal regime legale di assicurazione vecchiaia le attività lavorative subordinate prestate per un orario settimanale e con una retribuzione inferiore a certi minimi (cd. «lavori minori»), anche qualora da ciò consegua uno svantaggio comparativamente maggiore per lavoratori di un sesso. Nel caso di specie, la decisione è stata motivata sulla base del fatto che l'esclusione dal campo di applicazione (e la conseguente esenzione dalla relativa contribuzione previdenziale) si giustificava con l'intento del legislatore nazionale di favorire (attraverso sgravi contributivi) il raggiungimento dell'obiettivo di «politica sociale» di incrementare i livelli occupazionali, anche attraverso la progressiva diffusione nel mercato di «lavori minori». Si tratta, tuttavia, di un caso del tutto diverso da quello dei *part-timer* verticali italiani, i quali, per un verso, rientrano nel campo di applicazione dell'assicurazione disoccupazione, e, per l'altro, ove il diniego del diritto alla indennità di disoccupazione quando la riduzione della prestazione lavorativa sia imposta da caratteristiche intrinseche del settore produttivo ovvero dell'attività aziendale in cui sono occupati, trovano più conveniente accettare un contratto a termine, rinunciando così alla stabilità occupazionale (ma non di reddito). Il tutto, infine, in evidente contrasto con l'obiettivo dichiarato nel preambolo della Direttiva n. 97/81/Ce (nonché nel preambolo dell'accordo quadro (U.N.I.C.E., C.E.E.P. e C.E.S., attuato dalla predetta direttiva) di «contribuire allo sviluppo delle possibilità di lavoro a tempo parziale, su basi che siano accettabili sia per i datori di lavoro, sia per i lavoratori».

Marina Garattoni (*)

L'INSERIMENTO DEI LAVORATORI SVANTAGGIATI NEL SISTEMA COMUNITARIO DEGLI AIUTI DI STATO

SOMMARIO: 1. Inserimento e reinserimento lavorativo nel d.lgs. n. 276/2003. — 2. La definizione generale di «lavoratore svantaggiato» di cui all'art. 2, lett. *k*, del d.lgs. n. 276/2003. — 3. La definizione comunitaria di lavoratore svantaggiato e le implicazioni del rispetto del Regolamento (Ce) n. 2204/2002 sugli aiuti di Stato. — 4. La cd. somministrazione in deroga *ex art.* 13, d.lgs. n. 276/2003. — 5. La convenzione di inserimento di disabili presso cooperative sociali. — 6. Il contratto di inserimento. — 7. Conclusioni.

1. — *Inserimento e reinserimento lavorativo nel d.lgs. n. 276/2003* — Tra gli ampi obiettivi generali proclamati dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, ne compaiono due di grande ambizione: «aumentare [...] i tassi di occupazione» e «promuovere la qualità e la stabilità del lavoro». Tali finalità sono perseguite dal legislatore in vario modo, anche «attraverso contratti a contenuto formativo e contratti a orario modulato compatibili con le esigenze delle aziende e le aspirazioni dei lavoratori». La norma di apertura trova ulteriore specificazione nell'art. 3, comma 1 (1), ove meglio si chiarisce che all'aumento dei tassi di occupazione concorre soprattutto l'intervento coordinato pubblico e privato nel sostegno all'ingresso o al rientro dei lavoratori sul mercato, nel senso di «migliorare le capacità di inserimento professionale dei disoccupati e di quanti sono in cerca di una prima occupazione, con particolare riferimento alle fasce deboli del mercato del lavoro». L'attenzione all'inserimento lavorativo sembra dunque «concentrarsi unicamente sui, pur necessari e opportuni, interventi nella fase dell'ingresso al lavoro» (2),

(*) Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Bologna.

(1) Ghezzi, *Norme definitorie e obiettivi*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, 2004, p. 17.

(2) Borgogelli, Groppi, *Finalità e campo di applicazione*, in Gagnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2004, p. 5.

nel senso fatto proprio già dall'art. 2, lett. *b*, della legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, in cui l'esigenza di adattamento delle capacità professionali già possedute dal lavoratore al nuovo posto di lavoro, oggetto dell'inserimento lavorativo, si unisce alla formazione intesa in senso tradizionale.

Nella descritta prospettiva di promozione dell'occupazione, il decreto legislativo isola taluni strumenti di inserimento e li specializza a favore di una cerchia delimitata di soggetti deboli – i lavoratori svantaggiati – definiti in maniera piuttosto analitica all'art. 2, lett. *k*. Si tratta dei due meccanismi predisposti dagli artt. 13 e 14 che si fondano, il primo, su di un progetto individuale di inserimento, realizzato mediante l'intervento delle agenzie di somministrazione; il secondo, su di una convenzione a struttura trilaterale che fa perno sulle capacità di inserimento lavorativo proprie delle cooperative sociali cd. di tipo *b*). Un identico obiettivo di inclusione di lavoratori deboli sul mercato del lavoro viene perseguito anche dal contratto di inserimento (artt. 54-60) che, nei programmi della legge delega prima e del decreto delegato poi, risponde all'esigenza di specializzare «il contratto di formazione e lavoro al fine di realizzare l'inserimento e il reinserimento mirato del lavoratore in azienda» (art. 2, lett. *b*, legge n. 30/2003), abbandonandone le finalità formative che vengono confermate per il solo contratto di apprendistato. Analoghi esiti di inserimento di soggetti deboli sul mercato possono invero essere realizzati anche tramite altri strumenti. Ci si riferisce al contratto di lavoro intermittente – in sperimentazione sui lavoratori disoccupati con meno di 25 anni e sui lavoratori con più di 45 anni che siano stati espulsi dal ciclo produttivo o siano iscritti nelle liste di mobilità o di collocamento (art. 34, comma 2) – e alle prestazioni di lavoro occasionale accessorio svolto da particolari soggetti (art. 71, comma 1) (3). In questi casi peraltro il richiamo a categorie di lavoratori deboli quali destinatari di tali istituti appare piuttosto generico e la mancanza di presupposti quali l'adeguamento delle capacità del lavoratore al contesto dell'impresa e l'ausilio incentivato all'inserimento fa sì che l'obiettivo occupazionale divenga del tutto accidentale (4).

(3) La norma indica i disoccupati da oltre un anno, le casalinghe, gli studenti, i pensionati, i disabili e i soggetti in comunità di recupero e i lavoratori extracomunitari, regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro.

(4) I due istituti si caratterizzano non in relazione allo stato di svantaggio o anche di sola debolezza dei lavoratori coinvolti, bensì alla natura (a carattere discon-

Il legislatore del 2003 ritiene poi di collocare tali politiche di inclusione lavorativa «nell'ambito degli orientamenti comunitari in materia di occupazione e di apprendimento permanente» (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 276/2003), posti a «fondamento giustificativo» (5) delle disposizioni dell'intero decreto e già richiamati dalla legge delega (6). Pur nell'ampiezza del rinvio, nel caso dei lavoratori svantaggiati il richiamo alla normativa comunitaria è riferito più che altro al Regolamento Ce n. 2204/2002, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato Ce sugli aiuti di Stato a favore dell'occupazio-

tinuo, per il contratto di lavoro intermittente) o all'oggetto (le attività elencate all'art. 71 per le prestazioni occasionali accessorie) della prestazione di lavoro. Per più ampie analisi si rinvia, per il contratto di lavoro intermittente, a: Gottardi, *Lavoro intermittente*, in Gragnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, 2004, pp. 471 ss.; Bavaro, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, 2004, pp. 213 ss.; per le prestazioni occasionali accessorie: Pedrazzoli, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, 2004, pp. 841 ss.; Bellocchi, *Il lavoro occasionale di tipo accessorio tra politiche previdenziali e riforma dei lavori*, in Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276. Vol. IV, Bellocchi, Lunardon, Speziale (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, Ipsoa, 2004, pp. 82 ss.; Lo Faro, *Prestazioni occasionali accessorie rese da particolari soggetti*, in Gragnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, 2004, pp. 792 ss.; Vettor, *Le prestazioni occasionali accessorie*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, 2004, pp. 341 ss.

(5) M. Ricci, *Le finalità del d.lgs. n. 276/2003*, in Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Vol. 1, Miscione, M. Ricci (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro – Titoli I e II – Artt. 1-19*, p. 20.

(6) L'art. 1, comma 1, legge n. 30/2003 richiede il rispetto «degli obiettivi indicati dagli orientamenti annuali dell'Unione europea in materia di occupabilità». M. T. Carinci, *La legge delega n. 30/2003 ed il sistema delle fonti*, in M. T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, 2003, pp. 3 ss.; Bellavista, *Alcune osservazioni sulla legge n. 30/2003*, in *LG*, 2003, pp. 705 ss. Secondo M. Ricci, *Le finalità del d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 21, la valenza del richiamo alla normativa comunitaria contenuto nel d.lgs. n. 276/2003 e nella precedente legge delega è ben diversa: quest'ultima si limitava «a enunciare una relazione tra le norme giuridiche da emanare e gli orientamenti europei»; nel primo, «l'organo esecutivo offre una giustificazione delle disposizioni inserite nel testo del decreto attuativo», come se il legislatore abbia voluto «tutelarsi a priori ed evitare, fin dall'inizio, il sorgere di dubbi circa la *ratio* delle norme emanate».

zione (7), oltre che ai precedenti Orientamenti 95/C del 12 dicembre 1995. Questo comporta in pratica la soggezione degli strumenti di inserimento dei lavoratori svantaggiati predisposti dal d.lgs. n. 276/2003 alla fitta rete di controlli e di limiti predisposti dal diritto comunitario per l'ammissibilità di aiuti di Stato all'occupazione, come d'altro canto ammette lo stesso legislatore, soprattutto in relazione al contratto di inserimento. Si tratta di un rinvio necessario ma che non può non destare all'interprete alcune preoccupazioni in merito alla sua corretta realizzazione, memore anche della condanna subita dall'Italia da parte della Comunità europea circa l'erronea utilizzazione di aiuti di Stato nell'ambito del vecchio contratto di formazione e lavoro.

Pertanto, volendo dedurre alcune indicazioni di metodo, l'obiettivo del legislatore del 2003 sembra quello di aumentare la partecipazione al mercato di quei lavoratori che, a oggi, ne sono esclusi o si trovano in una posizione di marginalità (8). La valutazione dell'obiettivo non può prescindere dagli strumenti utilizzati e dunque dalle scelte normative adottate circa la scelta dei tipi contrattuali riservati, in via esclusiva o solo parziale, all'inserimento e al reinserimento sul mercato di lavoratori deboli. Tale verifica non può poi sottrarsi dal confronto con il sistema comunitario della concorrenza: nel caso in cui l'inserimento di lavoratori deboli poggia su meccanismi e strumenti valutabili alla stregua di aiuti di Stato allora quegli strumenti dovranno pure obbedire ai ben delimitati confini tracciati al riguardo dal Regolamento Ce n. 2204/2002.

2. — *La definizione generale di «lavoratore svantaggiato» di cui all'art. 2, lett. k, del d.lgs. n. 276/2003* — L'art. 2, lett. k, del decreto legislativo n. 276 del 2003 definisce lavoratore svantaggiato «qualsiasi persona appartenente a una categoria che abbia difficoltà a entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro». Si tratta di una definizione costruita *per relationem*, mediante il rinvio a ulteriori due norme, l'una comunitaria, l'art. 2, lett. f, del Regolamento (Ce) n. 2204/2002

(7) Si tratta di un richiamo che diventa esplicito nel caso del contratto di inserimento (art. 59, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, come corretto dall'art. 13 del decreto 6 ottobre 2004, n. 251).

(8) De Simone, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, in Ballestrero, Balandi (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 54.

sugli aiuti di Stato (9), l'altra nazionale, l'art. 4 della legge n. 381 del 1991 in materia di cooperative sociali (10).

Si tratta di due disposizioni alquanto differenti per obiettivi (11) e che hanno riguardo a tipi di svantaggio diversi: quella comunitaria con-

(9) Per l'art. 2, lett. f, Regolamento (Ce) n. 2204/2002 è lavoratore svantaggiato: I) qualsiasi giovane che abbia meno di 25 anni o che abbia completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni e che non abbia ancora ottenuto il primo impiego retribuito regolarmente; II) qualsiasi lavoratore migrante che si sposti o si sia spostato all'interno della Comunità o che divenga residente nella Comunità per assumere un lavoro; III) qualsiasi persona appartenente a una minoranza etnica di uno Stato membro che debba migliorare le sue conoscenze linguistiche, la sua formazione professionale o la sua esperienza lavorativa per incrementare le possibilità di ottenere un'occasione stabile; IV) qualsiasi persona che desideri intraprendere o riprendere un'attività lavorativa e che non abbia lavorato, né seguito corsi di formazione, per almeno due anni, in particolare qualsiasi persona che abbia lasciato il lavoro per le difficoltà di conciliare vita lavorativa e vita familiare; V) qualsiasi persona adulta che viva sola con una o più persone a carico; VI) qualsiasi persona priva di un titolo di studio di livello secondario superiore o equivalente, priva di un posto di lavoro o in procinto di perderlo; VII) qualsiasi persona di più di cinquant'anni priva di un posto di lavoro o in procinto di perderlo; VIII) qualsiasi disoccupato di lungo periodo, ossia una persona senza lavoro per 12 dei 16 mesi precedenti, o per 6 degli 8 mesi precedenti nel caso di persone di meno di 25 anni; IX) qualsiasi persona riconosciuta come affetta, al momento o in passato, da una dipendenza ai sensi della legislazione nazionale; X) qualsiasi persona che non abbia ottenuto il primo impiego retribuito regolarmente da quando è stata sottoposta a una pena detentiva o a un'altra sanzione penale; XI) qualsiasi donna di un'area geografica al livello Nuts II nella quale il tasso medio di disoccupazione superi il 100% della media comunitaria da almeno due anni civili e nella quale la disoccupazione femminile abbia superato il 150% del tasso di disoccupazione maschile dell'area considerata per almeno due dei tre anni civili precedenti.

(10) In base all'art. 4 della legge n. 381 del 1991 sono persone svantaggiate «gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli *ex* degenti di istituti psichiatrici, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione». Si tratta di un'elencazione tassativa che può essere ampliata solo mediante decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro degli affari sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative (art. 4, comma 1, legge n. 381/1991). Sulla nozione di «persona svantaggiata» si vedano: Lassandari, *Tecniche di tutela e soggetti deboli nel mercato del lavoro*, in q. Riv., 1997, pp. 367 ss.; Dondi, *Sul lavoro nelle cooperative sociali*, in q. Riv., 1999, pp. 547 ss.; Romano, *La nozione di svantaggio nelle cooperative sociali d'inserimento lavorativo*, in *Impresa soc.*, 1993, n. 11, p. 32; Canavesi, *La disciplina del lavoro nelle organizzazioni di volontariato e nelle cooperative sociali*, in Aa.Vv., *La disciplina giuridica del volontariato e delle cooperative sociali*, 1995, pp. 81 ss.

(11) Basti pensare ad esempio che la legge n. 381 del 1991 non parla di «lavoratori svantaggiati» ma di «persone svantaggiate». Si tratta di una differenza termi-

sidera in gran parte ipotesi di emarginazione economico-sociale o socio-culturale; quella nazionale si riferisce solo a situazioni di debolezza riconducibili alle condizioni psico-fisiche e sociali del soggetto (12). Nei casi limitati in cui anche l'art. 2, lett. *f*, Regolamento (Ce) n. 2204/2002 si occupa di queste seconde cause di esclusione sembra comunque ricondurle allo stato di disoccupazione (13), cosicché può affermarsi che la sovrapposizione tra l'art. 2, lett. *f*, e l'art. 4 della legge n. 381/1991 è minima e priva di contraddizioni (14). È da notare che la definizione comunitaria di cui all'art. 2, lett. *f*, Regolamento (Ce) n. 2204/2002 non comprende i lavoratori svantaggiati per eccellenza – i disabili – ai quali è dedicata la successiva lett. *g* del medesimo art. 2, non richiamata dall'art. 2, lett. *k*, d.lgs. n. 276/2003. Un simile richiamo sarebbe stato inutile per il legislatore italiano, poiché la lett. *g* ripropone gli stessi criteri impiegati dall'art. 4, legge n. 381/1991, per individuare «gli invalidi fisici, psichici e sensoriali». Infatti per l'art. 2, lett. *g*, Regolamento (Ce) n. 2204/2002 è lavoratore disabile «qualsiasi persona riconosciuta come disabile ai sensi della legislazione nazionale», ovvero, in assenza di una specifica normativa interna in materia, «qualsiasi persona riconosciuta affetta da un grave *handicap* fisico, mentale o psichico». Per identificare la persona disabile occorre quindi fare riferimento alla legislazione nazionale e, nel caso dell'ordinamento italiano, alla legge quadro sull'*handicap* (legge n. 104/1992) in base alla quale «è persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psi-

nologica che bene esprime la *ratio* di fondo delle funzioni attribuite alle cooperative sociali di tipo b) per le quali l'attività lavorativa delle persone svantaggiate è lo strumento di integrazione sociale per eliminare o, almeno, attenuare la causa dello svantaggio. L'obiettivo della legge n. 381/1991 è in primo luogo l'inserimento delle persone svantaggiate nella società; poi l'inserimento sul mercato di lavoratori svantaggiati.

(12) Si tratta di una distinzione ricorrente anche in pregresse nozioni di soggetti deboli: Lassandari, *Tecniche di tutela e soggetti deboli nel mercato del lavoro*, cit., pp. 364 e 367 ss.

(13) È il caso, ad esempio, della «persona che non abbia ottenuto il primo impiego retribuito regolarmente da quando è stata sottoposta a una pena detentiva o a un'altra sanzione penale».

(14) L'unico caso in cui è possibile rintracciare una parziale sovrapposizione riguarda i tossicodipendenti e gli alcolisti, con la differenza che l'art. 4, legge n. 381/1991, considera l'attualità dell'intossicazione cronica, mentre l'art. 2, lett. *f*, Regolamento (Ce) n. 2204/2002 anche le conseguenze derivanti dall'intossicazione pregressa e ritiene parimenti svantaggiata la «persona riconosciuta come affetta, al momento o in passato, da una dipendenza ai sensi della legislazione nazionale».

chica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione» (art. 3, comma 1), nonché alla legge n. 68/1999 che, ai fini dell'inserimento mirato, individua all'art. 1, comma 1, quattro diversi tipi di disabilità. Al pari, anche per individuare in concreto «gli invalidi fisici, psichici e sensoriali» di cui all'art. 4, legge n. 381/1991, sarà necessario riferirsi alle medesime disposizioni (15).

L'intersezione tra l'art. 4 della legge n. 381/1991 e l'art. 2, lett. *b*, Regolamento Ce n. 2204/2002 ha dunque l'esito di una nuova definizione – quella appunto dell'art. 2, lett. *k*, d.lgs. n. 276/2003 – talmente ampia da racchiudere al suo interno le più svariate causali di esclusione dal mercato del lavoro. Di certo, la ricognizione dei lavoratori svantaggiati contenuta nell'art. 2, lett. *k*, d.lgs. n. 276/2003 è più estesa rispetto ad analoghe definizioni di soggetti deboli, adottate in passato al fine dell'applicazione di specifiche normative (16). Essa si appropria della rassegna delle persone svantaggiate dell'art. 4, legge n. 381/1991, congloba in sé i due termini complementari di persona handicappata (art. 3, legge n. 104/1992) e di persona disabile (art. 1, comma 1, legge n. 68/1999) e adotta in maniera più analitica i concetti di disoccupazione, di disoccupazione di lunga durata e di inoccupazione e le definizioni di «giovani» e di «donne in reinserimento lavorativo», utilizzati dall'art. 1 del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181 (come modificato dal decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297) (17).

Non è facile dire se una simile definizione sia utile per selezionare gli interventi di inserimento lavorativo in un'ottica promozionale e incentivante (18), ma di certo essa sembra vantare pretese di completezza, al-

(15) Così anche Bellocchi, *Contratto di inserimento*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004, pp. 603 ss. Nonostante lo scarto cronologico, il collegamento tra la definizione di «invalido» ex art. 4, legge n. 381/1991, e la rassegna delle tipologie di disabilità rilevanti ai fini della legge n. 68/1999 è voluto dallo stesso legislatore del 1999 che all'art. 12 prevede quale modalità di collocamento mirato del disabile proprio la convenzione di inserimento in cooperativa. Sul punto si tornerà tra breve con maggiori precisazioni.

(16) Tullini, *A proposito di norme definitorie ed obiettivi della riforma del mercato del lavoro*, in www.unicz.it, p. 2.

(17) Sul confronto tra tali definizioni settoriali e quella di cui all'art. 2, lett. *k*, d.lgs. n. 276/2003, si tornerà in maniera più analitica nel corso del presente lavoro.

(18) Tullini, *A proposito di norme definitorie ed obiettivi della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 2.

meno nell'economia del d.lgs. n. 276/2003. Tuttavia, anche in presenza di una nozione di persona svantaggiata posta e formulata dall'ordinamento, quale quella dell'art. 2, lett. *k*, è «difficile confidare sulla esaustività della stessa: ciò dipendendo dall'evoluzione del contesto socio-economico, al cui interno è sempre più rapido e frenetico il *turn-over* tra prestatori in condizioni di forza e debolezza, ma soprattutto [...] dallo stesso frenetico sviluppo della regolamentazione normativa» (19). Più che mai nell'attuale mercato del lavoro «gli interventi settoriali [...] si succedono l'uno all'altro e influiscono in termini decisivi su di una eventuale nozione legale di “soggetto debole”» (20).

3. — *La definizione comunitaria di lavoratore svantaggiato e le implicazioni del rispetto del Regolamento (Ce) n. 2204/2002 sugli aiuti di Stato* — Come visto, la definizione comunitaria di lavoratore svantaggiato, di cui all'art. 2, lett. *f*, del Regolamento (Ce) n. 2204/2002, è stata recepita *tout court* nella relativa definizione italiana. Vi è da chiedersi se questo netto richiamo sia dovuto a un semplice atto di ossequio alla legislazione europea, ovvero se, molto più realisticamente, serva per incanalare alcuni strumenti di inserimento del d.lgs. n. 276/2003 nell'alveo della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a sostegno dell'occupazione. Al quesito sarà possibile rispondere solo dopo aver esaminato i vari strumenti di inserimento lavorativo creati nel 2003 per i lavoratori deboli sul mercato. Fin d'ora è utile verificare che tipo di implicazioni porta con sé il richiamo al Regolamento (Ce) n. 2204/2002 circa la natura degli incentivi a sostegno dell'inserimento lavorativo.

In primo luogo occorre stabilire cosa si intenda per aiuto di Stato. Non si tratta di un'operazione semplice poiché dal tenore letterale dell'art. 87 del Trattato Ce non sembra possibile ricavarne una nozione precisa (21), a causa di una formulazione generica che permette di ri-

(19) Lassandari, *Tecniche di tutela e soggetti deboli nel mercato del lavoro*, cit., p. 364.

(20) Ancora Lassandari.

(21) Si tratta di una valutazione molto diffusa in dottrina: Alaimo, *Deroghe alle tutele del lavoro e diritto comunitario della concorrenza*, in *DML*, 1999, p. 133; Pinna, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario: una sintesi*, in Bariatti (a cura di), *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Giuffrè, 1998, p. 28; Evans, *European Community Law of State Aid*, Owford, 1997, p. 27; Roberti, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1997, p. 90; Quigley, *The notion of State Aids in the EEC*, in *European Law Review*, 1988, p. 242; M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione, aiuti di stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappi-

comprendere al proprio interno una vasta gamma di misure, molto differenti tra loro (22). L'art. 87 si limita a dichiarare «incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi agli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza». La mancata precisazione della fattispecie è così fonte di numerosi problemi interpretativi e talora rende arduo per le stesse istituzioni comunitarie controllare e sanzionare pratiche di finanziamento alle imprese che, se non adeguatamente circoscritte, rischiano di neutralizzare il sistema di protezione del mercato della concorrenza. Non di meno, proprio l'attività interpretativa della Corte di Giustizia e la prassi della Commissione si sono dimostrate fondamentali nel delineare i contorni e i tratti essenziali delle misure di cui agli artt. 87 e 88 del Trattato. Perché una misura possa qualificarsi aiuto occorre che comporti un onere economico o un mancato guadagno per lo Stato (23); sia destinata a una singola impresa o a

chelli, 2002, pp. 63 ss., che estende tale giudizio anche all'art. 4, lett. c, Trattato C.E.C.A., relativamente al divieto di «sovvenzioni o aiuti concessi dagli Stati [...] in qualunque forma». L'Autore tuttavia ritiene opportuno distinguere «tra la *nozione* di aiuto e le *condizioni* che, caso per caso, possono indurre la Commissione a sanzionare la legittimità di una misura qualificabile come aiuto alla stregua del diritto comunitario della concorrenza», *op. cit.*, p. 66.

(22) Orlandi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, p. 129; Pinotti, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Cedam, 2000.

(23) È questo il principio a cui la Giurisprudenza della Corte di Giustizia sembra dare più rilievo, anche sulla base dell'interpretazione letterale della locuzione «aiuti concessi agli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma» di cui all'art. 87 del Trattato. La Corte si è espressa in questo senso nei casi C-72/91 e 73/91, *Sloman Neptun* (in Racc., 1993, p. 887) e C-189/91, *Petra Kirsammer/Nuhan Sidal* (in Racc., 1993, p. 6198). Con la prima decisione la Corte ha vagliato la questione della qualificazione alla stregua di aiuto di Stato di una disposizione che ammetteva l'istituzione di un apposito registro per le navi tedesche operanti sul mercato internazionale; iscrizione che permetteva di fatto di riservare un trattamento deteriore ai lavoratori stranieri dell'equipaggio rispetto a quelli di nazionalità tedesca. Sebbene ciò comportasse una drastica riduzione del costo del lavoro a beneficio degli armatori tedeschi, la Corte ha escluso l'incompatibilità della misura con il mercato della concorrenza a causa dell'assenza di oneri o esborsi economici da parte della Germania. La Corte è pervenuta ad analoga decisione nel secondo caso ove la normativa tedesca che escludeva le piccole imprese dalla tutela dei lavoratori contro i licenziamenti illegittimi, pur comportando secondo il giudice *a quo* un vantaggio concorrenziale per tali imprese rispetto ad altre operanti nei medesimi settori, non determinava alcun onere finanziario per lo Stato membro. Su entrambe le decisioni Roberti, *Gli aiuti di Stato*

un ambito determinato di imprese (24); produca un effetto favorevole sui bilanci dell'impresa che ne fruisce, anche se non in termini di introito (25) (26).

Il giudizio di incompatibilità tra l'aiuto di Stato e il mercato comune della concorrenza è riservato *ex art.* 88 del Trattato alla Commissione europea che, tra l'altro, procede all'esame dei progetti diretti a istituire nuovi aiuti o a modificare quelli già esistenti (par. 3). Lo Stato membro proponente l'aiuto ha l'obbligo preciso di notificare il progetto alla Commissione, in tempo utile perché questa possa presentare le proprie osservazioni e così addivenire al giudizio di compatibilità ovvero di incompatibilità dell'aiuto medesimo. Esistono tuttavia talune ti-

nel diritto comunitario, cit., pp. 162 ss.; Alaimo, *Deroghe alle tutele del lavoro e diritto comunitario della concorrenza*, cit., p. 131. Circa la rilevanza del finanziamento pubblico come elemento necessario di un aiuto di Stato: M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, cit., pp. 87 ss., che nota: «escludere la rilevanza del ricorso a risorse pubbliche, ai fini della qualificazione di una misura come aiuto di Stato, significherebbe trasformare un regime finalizzato alla tutela della concorrenza e degli scambi tra Stati membri in un formidabile strumento di controllo delle politiche economiche e sociali nazionali che concorrono a delineare i presupposti di esercizio dell'attività di impresa».

(24) Si tratta del requisito di più agevole individuazione (Alaimo, *Deroghe alle tutele del lavoro e diritto comunitario della concorrenza*, cit., p. 134) che la Corte di Giustizia ha affermato nella sentenza C-241/94 Francia c. Commissione (su cui G. Lyon-Caen, *Le financements public d'un plan social est il condamné par le droit communautaire?*, in *DS*, 1997, p. 77), con la quale è stato disconosciuto il carattere di misura generale e riconosciuto quello di aiuto di Stato agli interventi del *Fonds national de l'emploi*, operanti nell'ambito dei programmi che l'impresa francese è tenuta a elaborare nel caso di procedure di licenziamento collettivo.

(25) Si vedano C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg* c. C.E.C.A., e C-387/92, *Banco Exterior de Espana* (su cui Sottili, *Servizi pubblici e norme comunitarie di concorrenza: l'applicazione dell'art. 90, n. 2 del Trattato Ce alla disciplina degli aiuti di Stato*, in *GI*, 1995, p. 943), ove la Corte ha ritenuto che una misura può qualificarsi aiuto ogni volta che produce un effetto positivo sui bilanci dell'impresa destinataria. Più precisamente «il par. 1 dell'art. 92 del Trattato (oggi art. 87) non distingue gli interventi a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti; di conseguenza né il carattere fiscale, né il fine sociale del provvedimento sarebbero comunque sufficienti a sottrarlo all'applicazione dell'art. 92» (C-173/73 *Italia* c. Commissione, in *Racc.*, 1974, p. I-709). Sul criterio dell'effetto si vedano in dottrina: Ballarino, Bellodi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Editoriale Scientifica, 1997, p. 25; Pinna, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario: una sintesi*, cit., p. 25; Roberti, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, cit., pp. 100 ss.; M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione, aiuti di stato, diritto comunitario della concorrenza*, cit., pp. 73 ss.

(26) Tali due ultimi requisiti sembrano accolti appieno nel sesto Considerando del Regolamento (Ce) n. 2204/2002 ove si ammette che «numerose misure a favore del-

pologie di aiuti per le quali la compatibilità con il mercato comune è prefissata *ex lege* dall'art. 87 (27): tra queste si possono annoverare gli aiuti a favore dell'occupazione di lavoratori svantaggiati e disabili di cui al Regolamento (Ce) n. 2204/2002 (28).

Il Regolamento ritiene «opportuno definire le categorie di lavoratori considerati svantaggiati» (24° Considerando) proprio perché per esse il regime degli aiuti di Stato è esentato dall'obbligo di notificazione di cui all'art. 88, par. 3, del Trattato (come ribadito dall'art. 9, comma 1, del Regolamento). Di aiuti di Stato esenti da notificazione (29) possono godere inoltre i lavoratori disabili che sono sì esclusi dalla definizione generale di lavoratore svantaggiato di cui all'art. 2, lett. *f*, ma, a ben guardare, solo perché destinatari di più massicce misure di intervento. Per es-

l'occupazione non costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, poiché si tratta di aiuti a persone, che non favoriscono determinate imprese o la produzione di determinati beni, o poiché non incidono sugli scambi tra gli Stati membri, o poiché si tratta di misure di carattere generale, volte a promuovere l'occupazione, che non falsano né minacciano di falsare la concorrenza favorendo determinate imprese o la produzione di determinati beni».

(27) L'art. 87 del Trattato Ce considera compatibili con il mercato comune: «gli aiuti a carattere sociale concessi a singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione; gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione; gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza della Comunità in misura contraria all'interesse comune; le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione».

(28) Si tratta di una deroga prevista in base al Regolamento (Ce) n. 994/98 che autorizza la Commissione a dichiarare a norma dell'art. 87 del Trattato che gli aiuti all'occupazione sono compatibili con il mercato comune a determinate condizioni, di volta in volta individuate nei vari regolamenti.

(29) Precisa il 25° Considerando che l'esenzione dalla notificazione è limitata ai casi in cui «si possa dimostrare che l'aiuto non va oltre quanto necessario per compensare la minore produttività dei lavoratori interessati, i costi accessori collegati alla loro assunzione, o i costi legati alla creazione e al mantenimento del "lavoro protetto"».

si «può rendersi necessario un aiuto permanente, che ne consenta non solo l'assunzione, ma anche la permanenza sul mercato del lavoro e, se possibile, la partecipazione al "lavoro protetto"» (25° Considerando), intendendosi per tale «un'occupazione in uno stabilimento nel quale almeno il 50% dei dipendenti siano lavoratori disabili che non siano in grado di esercitare un'occupazione sul mercato del lavoro aperto» (art. 2, lett. *h*, Regolamento). Ciò non significa che gli aiuti siano limitati ai soli lavoratori svantaggiati e disabili definiti all'art. 2, lett. *f* e *g*; anzi, gli Stati membri possono promuovere l'assunzione incentivata di altre categorie di lavoratori da essi considerati svantaggiati, ma in tal caso viene ripristinato l'obbligo di notificazione di cui all'art. 88, paragrafo 3, del Trattato (24° Considerando e art. 9, comma 4, del Regolamento).

Non bisogna infine dimenticare che gli aiuti disciplinati dal Regolamento (Ce) n. 2204/2002, siano essi esenti o non da notificazione, debbono avere quale obiettivo prevalente la promozione dell'occupazione. Non si tratta di una mera enunciazione di principio. Gli aiuti debbono produrre «un incremento netto del numero dei dipendenti sia dello stabilimento che dell'impresa interessati, rispetto alla media dei dodici mesi precedenti» e non limitarsi a «consentire alle imprese di ridurre i costi (salariali) che esse avrebbero altrimenti dovuto sostenere» (16° Considerando) (30); i nuovi posti di lavoro così creati devono inoltre «essere conservati per un periodo minimo di tre anni o di due anni nel caso delle piccole e medie imprese» [art. 4, comma 4, lett. *a* e *b*]. Gli aiuti di Stato servono dunque per incentivare non l'impiego occasionale ma l'occupazione di qualità e stabile o, almeno, destinata a durare per un ampio periodo di tempo (31). Si tratta dei medesimi obiettivi riproposti, almeno sulla carta, dal nostro legislatore nel d.lgs. n. 276/2003.

4. — *La cd. somministrazione in deroga ex art. 13, d.lgs. n. 276/2003*
— Con l'art. 13 del d.lgs. n. 276/2003 il legislatore tenta di «orientare la fornitura privata di manodopera anche verso i lavoratori svantaggiati» (32) mediante la creazione di misure definite di politica attiva e di *workfare*, tese a «garantire l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori svantaggiati». Tale scopo viene perseguito me-

(30) Infatti, in base al 16° Considerando, «i costi salariali rientrano nei normali costi di funzionamento di qualsiasi impresa».

(31) Varesi, *I contratti di lavoro con finalità formative*, Angeli, 2001.

(32) Nogler, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004, p. 173.

dianete una serie di importanti benefici, di valenza eccessiva rispetto al fine del mero coordinamento pubblico/privato ipotizzato nella rubrica della norma (33).

Alle agenzie che decideranno di occuparsi dell'inserimento di lavoratori svantaggiati, il legislatore riserva due diversi ordini di incentivi, stratificati e sovrapponibili, entrambi vincolati al requisito generale del rispetto di un progetto individuale di inserimento o di reinserimento (34) e differenziati a seconda della durata del contratto con cui il lavoratore svantaggiato verrà assunto dall'agenzia. Qualora il lavoratore sia assunto con contratto di durata non inferiore a sei mesi, l'agenzia potrà operare in deroga al regime generale della somministrazione, di cui agli artt. 20 e seguenti, e, in particolare, al principio della parità di trattamento economico e normativo tra i lavoratori somministrati e i lavoratori del medesimo livello, dipendenti dell'impresa somministrata/utilizzatrice (art. 13, comma 1, lett. *a*, e art. 23, commi 1 e 2) (35). Nel caso in cui il la-

(33) La rubrica «Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato» indica la necessità che i soggetti pubblici e privati deputati alle funzioni di collocamento di manodopera coordinino tra loro le rispettive attività, soprattutto con riguardo all'inserimento o al reinserimento di lavoratori svantaggiati. M. Tiraboschi, *Istituzioni di diritto del lavoro*, 2003, p. 301. Il rischio infatti è quello che il segmento delle professionalità medio elevate, di più facile e proficua collocazione, diventi appannaggio esclusivo delle agenzie private, relegando alla gestione del solo operatore pubblico il collocamento dei lavoratori con basse professionalità. Così anche Corbo, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato nel mercato del lavoro*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*. Vol. 1, M. Miscione, M. Ricci (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro – Titoli I e II – Artt. 1-19*, p. 270; Salsi, *Pubblico e privato nella gestione del collocamento: la Convenzione OIL n. 181/1997*, in *DLRI*, 1998, p. 161; Timellini, *La tutela per i lavoratori svantaggiati: il raccordo pubblico-privato e le cooperative sociali. Commento agli artt. 13 e 14*, in Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (artt. 1-32)*, Giappichelli, 2004, p. 133. È chiaro che un simile rischio rivela «l'estrema difficoltà per l'apparato pubblico di riuscire a raggiungere l'obiettivo del collocamento delle categorie svantaggiate, tanto da cercare di traslare il suddetto compito sulle agenzie di somministrazione, non per mezzo di strumenti vincolistici, bensì mediante un pacchetto di incentivi», Bellavista, *L'incentivazione del raccordo pubblico e privato*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, 2004, p. 81.

(34) Di cui l'art. 13 abbozza solo i tratti irrinunciabili: «interventi formativi idonei» non meglio specificati e il «coinvolgimento di un tutore» Non potrebbe essere diversamente poiché il compito di individuare il contenuto di tali progetti è riservato alla competenza legislativa delle Regioni (art. 13, comma 6).

(35) Non è però chiaro entro quali limiti sia accettabile questa deroga al principio della parità che, secondo alcuni, potrebbe riguardare anche i divieti di discriminazio-

voratore sia assunto con contratto non inferiore a nove mesi, l'agenzia potrà determinare il trattamento retributivo e contributivo del lavoratore per un periodo massimo di dodici mesi, mediante la detrazione sia delle somme percepite dal lavoratore, a titolo di indennità o di sussidio collegati allo stato di disoccupazione o di inoccupazione (36), sia dei contributi figurativi dovuti nel caso di trattamenti di mobilità e di indennità di disoccupazione dai contributi dovuti per l'attività lavorativa (art. 13, comma 1, lett. *b*). Tale possibilità di determinazione del trattamento retributivo è riconosciuta alle agenzie di somministrazione solo in caso di «presa in carico» dello stesso, cioè in presenza del piano di inserimento o di reinserimento nel mercato del lavoro, di cui al comma 1, lett. *a*. Non è neppure possibile che l'applicazione di tale beneficio avvenga senza che già sia attivato quello di cui alla lett. *a*: è la diversa durata minima del contratto di lavoro (sei mesi o nove mesi) a determinare l'applicazione di uno solo degli incentivi ovvero di entrambi.

ne in quanto specificamente consentita dall'art. 3 del d.lgs. n. 276. Di tale deroga, peraltro, non vi è traccia nelle legge delega che individua la parità di trattamento quale criterio generale per tutte le ipotesi di somministrazione. Ichino, *Somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004, pp. 279 ss.; Ciucciiovino, *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare e regime della solidarietà*, in Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*. Vol. 1, Miscione, M. Ricci (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro – Titoli I e II – Artt. 1-19*, p. 105; Lanotte, *La disciplina del contratto di lavoro tra agenzia di somministrazione e lavoratore. Commento agli artt. 22 e 23*, in Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (artt. 1-32)*, Giappichelli, 2004, pp. 237 ss.; Bonardi, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, 2004, pp. 139 ss.

(36) Si tratta di previsioni analoghe a quelle già proprie dell'art. 8, comma 1, legge n. 196/1997 (ora abrogato dall'art. 85, d.lgs. n. 276/2003), che riconosceva il diritto del lavoratore in mobilità alla differenza tra l'importo della relativa indennità e la retribuzione corrisposta dal soggetto utilizzatore ovvero l'indennità di disponibilità, ovviamente solo nel caso in cui l'importo di queste ultime fosse inferiore al trattamento assistenziale. Rileva Nogler, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato*, cit., p. 174, che il tenore letterale della norma pareva escludere i lavoratori che, pur iscritti alle liste di mobilità, non fossero percettori della relativa indennità. Nel timore che una tale disposizione fosse contrastante con il principio di uguaglianza, sono state avanzate alcune letture adeguatrici: Occhino, *Lavoro temporaneo e lavoratori in mobilità*, in Napoli (a cura di), *Il «Pacchetto Treu»*, *Commentario sistematico*, in *NLCC*, 1998, p. 1264; M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, in Schlesinger (diretto da), *Commentario al codice civile*, art. 2127, Giuffrè, 2000, p. 413.

I due livelli di incentivi pensati dall'art. 13 a favore delle agenzie di somministrazione determinano dunque una precisa selezione dei lavoratori svantaggiati. Nonostante l'art. 13 si diriga a tutti i lavoratori elencati all'art. 2, lett. *k*, del decreto, l'inserimento mediante agenzia appare inaccessibile per talune tipologie di svantaggio (37) e individua nei soggetti percettori di trattamenti di disoccupazione e di inoccupazione i lavoratori più appetibili per le agenzie che si dedicheranno all'inserimento, poiché solo per essi è oggettivamente configurabile la possibilità di determinazione del trattamento retributivo e contributivo di cui al comma 1, lett. *b*. Tale selezione, pur non essendo esplicita nella definizione di svantaggio *ex art. 2, lett. k*, Regolamento (Ce) n. 2204/2002, non è rispetto a essa contrastante poiché rimane comunque trasversale rispetto alle situazioni di disoccupazione o di inoccupazione che legittimano l'aiuto di Stato.

L'inserimento di lavoratori svantaggiati mediante somministrazione di cui all'art. 13 si basa dunque sulla concessione di incentivi economici e normativi a favore delle agenzie e sulla previsione di gravosi oneri a carico del lavoratore svantaggiato (38), che gode solo del beneficio indiretto di poter aspirare a un inserimento lavorativo stabile, peraltro eventuale, conseguente al periodo di permanenza alle dipendenze dell'agenzia di somministrazione.

Molti sono i dubbi che la norma solleva. In particolare il secondo livello di incentivo, nel lasciare alle agenzie di somministrazione il potere di determinare il trattamento economico e contributivo del lavoratore, permette di ritenere una quota della retribuzione spettante al lavoratore fungibile rispetto ai trattamenti di disoccupazione o di inoccupazione (39). Si tratta di una fungibilità apparente poiché l'incentivo è qui destinato alle agenzie di somministrazione (per il lavoratore svantaggiato c'è il beneficio indiretto del possibile inserimento) le qua-

(37) Soprattutto per quelle tratte dalla definizione di cui all'art. 4, legge n. 381/1991.

(38) Per il lavoratore svantaggiato l'accettazione del progetto di inserimento e di formazione ovvero dell'offerta di lavoro si configura come un onere, sebbene con implicazioni differenti a seconda che il lavoratore sia o meno percettore di trattamenti di *welfare*, poiché nel primo caso il rifiuto comporta la decadenza da detto trattamento mentre nel secondo caso solo la perdita della *chance* di inserimento. Così anche Nogler, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato*, cit., p. 178; e Bellavista, *L'incentivazione del raccordo pubblico e privato*, cit., pp. 82-83.

(39) E cioè a trattamenti in sostanza riconducibili alla cittadinanza sociale: L. Zoppi, *Gli obiettivi di inclusione sociale nella riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 8.

li altrimenti sarebbero obbligate a corrispondere al lavoratore svantaggiato l'intero trattamento retributivo, sebbene da loro determinato nel *quantum* e libero dal vincolo del principio della parità di trattamento. La prestazione assistenziale di disoccupazione o di inoccupazione rimane pur sempre a carico dell'ente previdenziale pubblico ma muta natura (40) perché diventa un beneficio economico per le agenzie all'assunzione del lavoratore svantaggiato. Più precisamente, «lo strumento di "workfare" pensato dall'art. 13 consuma il trattamento di *welfare*, perché i fondi originariamente destinati a determinate categorie di lavoratori svantaggiati si trasformano in un incentivo a favore delle agenzie di somministrazione» (41).

L'inconciliabilità della somministrazione di lavoratori svantaggiati con la disciplina comunitaria della concorrenza è netta e si manifesta sotto diversi profili. La durata dell'inserimento non rispetta la richiesta di conservazione dei posti di lavoro creati per il periodo minimo di tre o di due anni, di cui all'art. 4, comma 4, lett. *b*, del Regolamento (Ce) n. 2204/2002. La speranza del legislatore italiano è che grazie ai formidabili incentivi di cui all'art. 13 il lavoratore svantaggiato possa accedere a un'occupazione più stabile ma, come visto, tale situazione è del tutto eventuale e l'incentivo economico di cui alla lett. *b* altro non è che «una forma surrettizia di finanziamento alle agenzie di somministrazione» (42), mediante la mera riduzione dei costi salariali, vietata dal 16° Considerando del Regolamento. Molti dubbi permangono inoltre sull'offerta di lavoro destinata al lavoratore svantaggiato – onerato all'accettazione di un lavoro inquadrato in un livello retributivo anche inferiore del venti per cento rispetto a quello delle mansioni di provenienza – la cui qualità è tutelata solo da quella richiesta di congruità delle

(40) L. Zoppoli, *Gli obiettivi di inclusione sociale nella riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 8; Liso, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004, p. 43.

(41) L. Zoppoli, *Gli obiettivi di inclusione sociale nella riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 8. Anche Nogler, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato*, cit., p. 185, secondo cui se il trattamento erogato al lavoratore «dovesse essere effettivamente qualificato come previdenziale, non rappresenterebbe più una forma di tutela della situazione di disoccupazione involontaria come è, invece, richiesto dal comma 2 dell'art. 38 Cost.».

(42) Liso, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, p. 43. Così anche Nogler, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato*, cit., pp. 176-177, per il quale «la principale preoccupazione dell'art. 13 consiste nel remunerare le agenzie del lavoro che rendono temporaneamente impiegabili coloro i quali stentano a trovare lavoro».

attività lavorative o formative offerte rispetto alle competenze e alle qualifiche del lavoratore, la quale, anche alla luce delle poche disposizioni regionali, rimane ancora troppo vaga ed effimera.

L'inserimento di lavoratori svantaggiati percettori di trattamenti di *welfare* ex art. 13 d.lgs. n. 276/2003 non corrisponde dunque all'aspirazione del legislatore comunitario all'incremento dell'occupazione stabile e di qualità per cui non rimane che convenire con chi (43) sospetta dietro l'incentivo economico di cui alla lett. *b* l'intento di ovviare alle limitazioni di cui al Regolamento (Ce) n. 2204/2002.

5. — *La convenzione di inserimento di disabili presso cooperative sociali*
— L'inserimento di lavoratori svantaggiati di cui all'art. 14, d.lgs. n. 276/2003 poggia su di un sistema di convenzioni quadro, con struttura trilaterale e che coinvolgono le associazioni dei datori di lavoro e le organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, le associazioni o i consorzi (44) esponenziali degli interessi delle cooperative sociali e i servizi territoriali (45) per il collocamento obbligatorio competenti per la stipula. La convenzione ha a oggetto il conferimento, da parte delle imprese che vi aderiranno, di commesse di lavoro alle cooperative sociali, previste dall'art. 1, lett. *b*, della legge n. 381 del 1991, con lo scopo di favorire l'inserimento di lavoratori di difficile collocazione, attraverso la promozione di meccanismi di integrazione lavorativa, finalizzati a inserire il lavoratore in un posto adatto alle sue capacità. Da questo punto di vista, l'art. 14 del decreto n. 276/2003 si pone *prima facie* sulla stessa logica ispiratrice di

(43) Nogler, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato*, cit., p. 186.

(44) La legge n. 381/1991 si applica anche a consorzi di cooperative (art. 8) purché siano «costituiti come società cooperative aventi la base sociale formata in misura non inferiore al settanta per cento da cooperative sociali». Si tratterà di consorzi di cooperative sociali di tipo b) poiché solo tali tipi di cooperative si possono occupare dell'inserimento lavorativo di lavoratori svantaggiati.

(45) Tali servizi, individuati dalle Regioni ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 469/1997, hanno anche il compito di provvedere, in raccordo con i servizi sociali, sanitari educativi e formativi del territorio, alla programmazione, all'attuazione e alla verifica degli interventi volti a favorire l'inserimento dei soggetti disabili. Sono inoltre competenti all'avviamento lavorativo, alla tenuta delle liste, al rilascio delle autorizzazioni, degli esoneri e delle compensazioni territoriali, alla stipula delle convenzioni e all'attuazione del collocamento mirato. Si tratta di regola dei servizi regionali per il collocamento obbligatorio. Si segnala in senso contrario l'esperienza della Regione Emilia Romagna che con l'art. 22 della legge regionale n. 17/2005 ha demandato a ogni singola Provincia la stipula delle varie convenzioni quadro.

numerose leggi: in primo luogo della legge n. 68/1999 in materia di collocamento dei disabili dalla quale mutua la struttura della convenzione trilaterale di cui all'art. 12 della legge n. 68/1999 per l'inserimento temporaneo dei disabili presso cooperative sociali ovvero disabili liberi professionisti (46).

La possibilità di applicare la tipologia di inserimento *ex art.* 14, d.lgs. n. 276/2003 a tutti i lavoratori svantaggiati, così come vorrebbe far intendere la rubrica della norma, appare piuttosto improbabile. La convenzione si impenna sull'ausilio fornito dalle cooperative sociali di tipo b), il cui intervento rimane limitato agli ambiti già delineati nella legge n. 381/1991. Tali tipi di cooperative sono ammesse allo svolgimento di attività finalizzate all'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate definite dall'art. 4 della stessa legge e dunque solo di parte dei lavoratori svantaggiati, nell'accezione accolta dall'art. 2, lett. *k*, d.lgs. n. 276/2003. Non è possibile pensare che con l'art. 14, d.lgs. n. 276/2003 il legislatore abbia inteso ampliare la cerchia delle persone svantaggiate destinatarie delle attività istituzionali di inserimento delle cooperative sociali di tipo b). A ciò osta il dato formale dell'*iter* procedurale necessario al fine di un tale allargamento. L'art. 4, comma 1, legge n. 381/1991 richiede infatti che l'indicazione di situazioni di svantaggio ulteriori rispetto a quelle già elencate nella stessa norma debba avvenire mediante «decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (emanato) su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative» (47).

La destinazione dell'inserimento mediante convenzione di cui all'art. 14 a tutti i lavoratori svantaggiati è pertanto smentita dalla genetica at-

(46) Circa il ricorso all'istituto della convenzione nella disciplina del collocamento mirato dei disabili si rinvia a: Bozzao, *Il collocamento mirato e le relative convenzioni*, in Cinelli, Sandulli (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili, Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, 2000, pp. 202 ss.; Tursi, *Le convenzioni per l'inserimento temporaneo dei disabili*, in Cinelli, Sandulli (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili, Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, 2000, *Diritto al lavoro dei disabili, Comm. alla legge n. 68 del 1999*, pp. 358 ss.; Idem, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, in *q. Riv.*, 1999, p. 774; Pasqualetto, *La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili: prime osservazioni*, in *Aa.Vv.*, *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, in *QDLRI*, 1999, pp. 96-97.

(47) Così anche Tursi, *Cooperative sociali e inserimento dei lavoratori svantaggiati*, cit., pp. 62 ss. Contra Nogler, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato*, cit., pp. 189-190.

titudine delle cooperative sociali a occuparsi di precise situazioni di svantaggio (48) – fisico, psichico e sociale –, il che determina la necessità di procedere a una selezione delle causali di svantaggio di cui all'art. 2, lett. k, d.lgs. n. 276/2003, che sia conforme alla *ratio* della legge n. 381/1991.

Rispetto all'antecedente previsione dell'art. 12, legge n. 68/1999, la convenzione di inserimento *ex art.* 14, d.lgs., n. 276/2003 mutua le funzioni – l'inserimento di lavoratori «deboli» in un ambiente di lavoro ove sia più semplice superare le iniziali difficoltà di adattamento – ma, rispetto a quel modello, è priva di qualunque indicazione circa la durata dell'inserimento, la necessità di una preventiva assunzione da parte del datore di lavoro stipulante la convenzione, la presenza di un adeguato progetto di formazione che accompagni il lavoro del soggetto svantaggiato presso la cooperativa sociale. Tali sono, infatti, requisiti richiesti dall'art. 12, legge n. 68/1999 per garantire che, trascorso il periodo della convenzione e attutito l'impatto con la realtà lavorativa a seguito della temporanea esperienza in cooperativa, il disabile possa essere impiegato presso il datore di lavoro che già lo ha assunto a tempo indeterminato. Di qui emerge anche l'importanza del percorso formativo obbligatorio, strutturato *ad hoc* sull'*handicap* del lavoratore e sulla mansione alla quale sarà adibito.

La mancanza di un rapporto di lavoro tra lavoratore svantaggiato e impresa parte della convenzione è ancor più insidiosa nel caso di inserimento di «disabili che presentino particolari caratteristiche e difficoltà di inserimento nel ciclo lavorativo ordinario», la cui collocazione «si considera utile ai fini della copertura della quota di riserva» di cui all'art. 3 della legge n. 68/1999 (art. 13, comma 3). In questo caso il da-

(48) Così pare intendere anche Slataper, *Le convenzioni con le convenzioni sociali per favorire l'inserimento dei soggetti svantaggiati*, in Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*. Vol. 1, Miscione, M. Ricci (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro – Titoli I e II – Artt. 1-19*, p. 297. Sulle funzioni delle cooperative sociali di tipo b): Passera, *Cooperative sociali: percorsi di inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati*, in *Il Sole 24 Ore – Terzo Settore*, n. 5, 2002, p. 67; Bano, *Il lavoro senza mercato. Le prestazioni di lavoro nelle organizzazioni «non profit»*, Il Mulino, Bologna, 2001; Idem, *Tra solidarietà e concorrenza: il ruolo delle cooperative sociali nella recente legislazione*, cit., p. 403; Dondi, *Sul lavoro nelle cooperative sociali*, cit., p. 547; Paolucci, *Disciplina delle cooperative sociali*, in *NLCC*, 1997, p. 1352; Maiello, *La cooperazione sociale di inserimento lavorativo*, in *CGM*, 1997, p. 81; Mariani, *La legge 8 novembre 1991, n. 381 sulle cooperative sociali*, in *RIDL*, 1992, p. 209.

tore di lavoro, dietro l'impegno a fornire commesse di lavoro alla cooperativa convenzionata, si libera dell'obbligo di assunzione imposto da tale norma con il semplice invio di un lavoratore disabile (che non è suo dipendente) presso la cooperativa stessa. A ciò si collega la mancanza di un limite temporale alla durata della convenzione, cosa che rischia di determinare la stabilizzazione del lavoro presso la cooperativa (49) e di cristallizzare alcune situazioni di emarginazione che circondano la disabilità e altre analoghe forme di svantaggio sociale (50), il cui sostegno rimane circoscritto alle iniziative della cooperativa di tipo b) (51). Va da sé che l'assenza di un piano formativo plasmato sulle esigenze del lavoratore e sulle cause del suo svantaggio vanifica *ab origine* l'inserimento (52). Solo in parte tali mancanze potrebbero essere sopperite al momento della stipula della convenzione, la quale dovrà regolare, tra l'altro, «le modalità di adesione da parte delle imprese interessate», espressione nella quale potrebbe rientrare a fatica l'obbligo per i datori di lavoro che aderiranno di assumere il lavoratore svantaggiato da inserire tramite la cooperativa.

In realtà l'art. 14 prefigura «meccanismi farraginosi» (53) che richiedono concrete specificazioni al momento della stipula della convenzione ma che sono privi *ab origine* di precise garanzie circa la possibilità di raggiungere lo scopo dell'inserimento lavorativo. L'esito dell'inserimento tramite convenzione *ex art.* 14 può essere solo quello di promuovere l'assunzione dei disabili più gravi presso le cooperative ma, «se non

(49) L. Zoppoli, *Gli obiettivi di inclusione sociale nella riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 9.

(50) Bano, *Tra solidarietà e concorrenza: il ruolo delle cooperative sociali nella recente legislazione*, in *LD*, 2000, p. 414.; Stellutti, *Le nuove norme per il diritto al lavoro dei disabili*, in *LI*, n. 6, 1999, p. 5.

(51) Tale critica non pare attenuarsi di fronte alle ottimistiche valutazioni di Timellini, *La tutela per i lavoratori svantaggiati: il raccordo pubblico-privato e le cooperative sociali. Commento agli artt. 13 e 14*, cit., p. 148, secondo cui, «con tali previsioni normative, il legislatore della riforma scommette sulle cooperative sociali come entità operative e dinamiche capaci di autopromuoversi e autogestirsi e come strumento in grado di sradicare la mentalità assistenzialistica tipica dell'attuale mercato del lavoro», proposte anche da Rausei, *La nuova era del collocamento pubblico-privato*, in *DPL*, 2003, p. 2139.

(52) Critiche sulla assenza di un rapporto di lavoro tra datore commissionante e lavoratore svantaggiato, della durata della convenzione e del piano formativo sono espresse anche da Tursi, *Cooperative sociali e inserimento dei lavoratori svantaggiati*, in *Aa.Vv.*, *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, 2004, pp. 46 ss.

(53) L. Zoppoli, *Gli obiettivi di inclusione sociale nella riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 9.

si può negare che percorsi simili possano servire nei casi più estremi, non può certo dirsi che le nuove regole vadano ad arricchire le *best practice* in materia di inclusione sociale» (54). Gli unici reali incentivi riconosciuti dall'art. 14 sono quelli prefigurati ai commi 2, lett. g, e 3, relativi alla possibilità per i datori di lavoro di soddisfare tramite la convenzione la copertura obbligatoria delle quote di riserva, imposte dall'art. 3, legge n. 68/1999 (55). In definitiva, è solo l'inserimento dei disabili a essere incentivato, tra l'altro attraverso un meccanismo che, in mancanza di un rapporto di lavoro, ammette l'elusione autorizzata dell'obbligo di assunzione di disabili per quote di riserva.

L'assenza di incentivi di ordine economico elimina in radice la ricorrenza di un aiuto di Stato. Tuttavia le forme di inserimento *ex art.* 14 evocano quel «lavoro protetto» cui si riferiscono il 25° Considerando e l'art. 2, lett. k, del Regolamento (Ce) n. 2204/2002. Le cooperative sociali di tipo b) infatti hanno la necessità istituzionale di contare su di un numero di soci lavoratori svantaggiati non inferiore del 30% rispetto al complesso dei soci della cooperativa, per cui se in concreto tale percentuale aumenta fino al 50% la cooperativa sociale diviene il tipo di impresa nella quale per eccellenza potrebbero svolgersi forme di inserimento stabile di persone svantaggiate. Rimane un'ultima considerazione: la necessità di ricorso al lavoro protetto viene circoscritta dall'art. 2, lett. k, del Regolamento all'inserimento di «disabili che non siano in grado di esercitare un'occupazione sul mercato del lavoro aperto»; espressione, questa, che forse è sovrapponibile a quella di «disabili che presentino particolari caratteristiche e difficoltà di inserimento nel ciclo lavorativo ordinario» di cui all'art. 14, comma 3, ma che non può essere estesa in maniera indiscriminata a ogni forma e grado di disabilità.

6. — *Il contratto di inserimento* — Tra gli strumenti che il decreto legislativo n. 276 del 2003 dedica ai lavoratori deboli sul mercato, il contratto di inserimento emerge come espressamente «diretto a realizzare,

(54) L. Zoppoli, *Gli obiettivi di inclusione sociale nella riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 9. Se si accede a tale lettura, allora la critica andrebbe rivolta anche al concetto di «lavoro protetto» (di cui si è già parlato e sul quale si tornerà tra un momento, basato proprio sull'isolamento del disabile «non in grado di esercitare un'occupazione sul mercato del lavoro aperto») entro imprese caratterizzate da una massiccia presenza di lavoratori disabili (almeno il 50% dei dipendenti), nei quali l'attività lavorativa non pare affatto finalizzata a un successivo ingresso sul mercato del lavoro aperto.

(55) Anche Nogler, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato*, cit., p. 191.

mediante un progetto di inserimento individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore a un determinato contesto lavorativo, l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro» (art. 54, comma 1). La creazione di detta tipologia contrattuale, la cui stipulazione è limitata a precisi datori di lavoro (56), risponde alla necessità di razionalizzazione dei rapporti a contenuto formativo, espressa all'art. 2, legge n. 30/2003, e, in conformità a quella delega, deriva dalla necessità di specializzazione del contratto di formazione e lavoro verso esplicite finalità di inserimento e di reinserimento mirato del lavoratore in azienda (art. 2, lett. *b*, legge n. 30/2003) (57).

L'effettività dell'inserimento è assicurata dalla elaborazione di un progetto individuale (58) – la cui definizione è lasciata alla contrattazione collettiva (59) – teso a garantire l'adeguamento delle competenze professionali del lavoratore al contesto lavorativo (art. 55, comma 1) (60). La promozione del ricorso alla nuova forma contrattuale è invece

(56) Ai sensi dell'art. 54, comma 2, si tratta di: a) enti pubblici economici, imprese e loro consorzi; b) gruppi di imprese; c) associazioni professionali, socio-culturali, sportive; d) fondazioni; e) enti di ricerca, pubblici e privati; f) organizzazioni e associazioni di categoria.

(57) D. Garofalo, *Il contratto di inserimento: dall'occupabilità all'adattabilità*, 2004, in www.unicz.it; Zoppoli, Saracini, *I contratti a contenuto formativo tra «formazione e lavoro» e «inserimento professionale» a progetto*, in *Working Paper CsMD*, n. 34/2004.

(58) Il progetto di inserimento è la condizione del contratto e «vale ai fini della determinazione consensuale dei termini di effettivo svolgimento della relazione contrattuale, nonché della verifica della sua reale corrispondenza alla funzione istituzionale della fattispecie negoziale» (Balletti, *Contratto di inserimento*, in Gragnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2004, p. 661). Analoghe valutazioni sono svolte da M. G. Garofalo, *Finalità formative e inserimento di categorie disagiate*, cit., Relazione svolta nel corso delle Giornate di Studio su «Sviluppo e occupazione nel mercato globale», Napoli, 4-5 dicembre 2003; Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in q. *Riv.*, 2003, pp. 887 ss.; Pinto, *Lavoro e nuove regole. Dal libro bianco al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, 2004; M. Tiraboschi, *Il nuovo apprendistato e il contratto di inserimento (ex Cfl)*, in Aa.Vv., *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *Gdir*, 2003, pp. 100 ss.; Tullini, *Verso una nuova riforma del mercato del lavoro*, in q. *Riv.*, 2003, pp. 419 ss.

(59) L'art. 55, comma 2, ritiene competenti «i contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori di lavoro e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle rappresentanze sindacali unitarie».

(60) Il legislatore suggerisce alcune modalità che potrebbero assicurare la realizzabilità del progetto: ricorso a fondi interprofessionali per la formazione continua; de-

assicurata da una serie di incentivi di carattere economico e normativo, previsti all'art. 59, in gran parte mutuati dal regime dei benefici inerenti al previgente contratto di formazione e lavoro (61) e modulati su tre piani: possibilità di inquadrare il lavoratore in una categoria fino a due livelli inferiore rispetto a quella stabilita dal c.c.n.l. per i lavoratori adibiti a mansioni e funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al cui conseguimento si assume essere preordinato il progetto di inserimento oggetto del contratto (art. 59, comma 1) (62); esclusione dei lavoratori dal computo dei limiti numerici previsti da disposizioni di legge o di contratto collettivo per l'applicazione di particolari normative e istituti (comma 2); applicazione degli incentivi di ordine economico e contributivo previsti per il contratto di formazione e lavoro, con l'importante esclusione da essi dei lavoratori giovani, di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni (comma 3).

Poste le sue esplicite finalità occupazionali, nell'individuare i lavoratori destinatari, il contratto di inserimento abbandona il riferimento esclusivo al mero requisito anagrafico di cui al previgente regime del contratto di formazione e lavoro e si dirige a una più ampia platea di destinatari, accomunati dal versare in una situazione di debolezza economico-sociale (art. 54, comma 1) (63).

finizione e sperimentazione di orientamenti, linee-guida e codici di comportamento (art. 55, comma 2). In dottrina ne sono state suggerite altre da Balletti, *Contratto di inserimento*, cit., p. 662; Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, cit., pp. 887 ss.; Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, 2004, p. 137; M. G. Garofalo, *Finalità formative e inserimento di categorie disagiate*, cit., p. 3.

(61) Balletti, *Contratto di inserimento*, cit., p. 690.

(62) La legge n. 80/2005 ha modificato l'art. 59, comma 1, nel senso che il sottoinquadramento non trova applicazione per le donne, «salvo non esista diversa previsione da parte dei contratti collettivi nazionali o territoriali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». Sul punto si ritornerà nel corso del paragrafo.

(63) Si tratta di: soggetti di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni (lett. *a*); disoccupati di lunga durata da ventinove fino a trentadue anni (lett. *b*); lavoratori con più di cinquant'anni di età che siano privi di un posto di lavoro (lett. *c*); lavoratori che desiderino riprendere una attività lavorativa e che non abbiano lavorato per almeno due anni (lett. *d*); donne di qualsiasi età residenti in un'area geografica in cui il tasso di occupazione femminile sia inferiore almeno del 20 per cento di quello maschile o in cui il tasso di disoccupazione femminile superi del 10 per cento quello maschile (lett. *e*); persone riconosciute affette, ai sensi della normativa vigente, da un grave *handicap* fisico, mentale o psichico (lett. *f*). La circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 luglio 2004, n. 31, ha poi precisato (art. 4) che, in presenza

Dunque, il campo di applicazione soggettivo del contratto di inserimento è circoscritto nella definizione speciale offerta dall'art. 54, comma 1, per cui è appena il caso di precisare che essa prevale sulla definizione generale di lavoratore svantaggiato, contenuta nell'art. 2, lett. *k*, del decreto. Il legislatore sembra selezionare alcune delle numerose cause di svantaggio di quella definizione generale, forse ritenendole le più bisognose di sostegno. Per esse aumenta le *chances* di ingresso sul mercato del lavoro, sommando agli strumenti (teoricamente) destinati a tutti i lavoratori svantaggiati la possibilità di ricorrere anche al contratto di inserimento. In realtà, nella descritta operazione di selezione, il legislatore non si riferisce alla definizione generale del decreto ma a quella comunitaria (64), anche se la seconda è dalla prima accolta in maniera pedissequa. L'art. 54, comma 1 introduce così criteri autonomi e direttamente qualificanti i lavoratori destinatari del contratto di inserimento; sicché c'è da chiedersi in che modo le categorie di svantaggio, come «corrette» ex art. 54, comma 1, si pongano in connessione con le definizioni comunitarie, dall'osservanza delle quali dipende la legittimità degli incentivi economici.

Il giudizio di conformità ha immediati esiti positivi per la categoria di cui alla lettera *e* circa l'occupazione femminile, alla quale il legislatore dedica un'apposita causale di legittimo ricorso al contratto di inserimento, basata su differenziali occupazionali tra il lavoro femminile e quello maschile (65) che valgono a escludere il rilievo di ogni altra condizione selettiva (66). L'art. 2, lett. *f*, del Regolamento (Ce) n. 2204/2002 include tra i lavoratori svantaggiati, la cui assunzione può essere incentivata dal ricorso ad aiuti di Stato esenti da notificazione, solo le donne che risiedano in un'area geografica del cd. livello Nuts II, cioè quella nella quale «il tasso medio di disoccupazione superi il 100% della media comu-

dei requisiti soggettivi indicati dall'art. 54, «il contratto di inserimento può essere utilizzato anche per favorire l'accesso al mercato del lavoro di cittadini comunitari ed extracomunitari».

(64) Lo si deduce dall'esplicito richiamo al Regolamento (Ce) n. 2204/2002 di cui all'art. 59, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, come corretto dal d.lgs. n. 251/2004.

(65) Rappresentati dalla condizione che in determinate aree geografiche italiane il tasso di occupazione femminile sia inferiore almeno del 20 per cento di quello maschile o in cui il tasso di disoccupazione femminile superi del 10 per cento quello maschile.

(66) Bellocchi, *Contratto di inserimento*, cit., p. 619; Menghini, *Introduzione al Titolo IV*, in Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Vol. III, Bellocchi, Menghini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, p. 182.

nitaria da almeno due anni civili e nella quale la disoccupazione femminile abbia superato il 150% del tasso di disoccupazione maschile dell'area considerata per almeno due dei tre anni civili precedenti».

Il decreto interministeriale 22 ottobre 2004 ha provveduto a individuare le aree geografiche italiane del livello Nuts II (67) e ha chiarito che solo nel caso in cui la stipula del contratto di inserimento riguardi donne residenti in tali aree sono applicabili gli incentivi di natura economica previsti dal comma 3 dell'art. 59. Al contrario, l'incentivo di ordine normativo di cui al comma 2 dell'art. 59 è applicabile in via generalizzata a tutte le donne (68) che, dopo la legge n. 80/2005, sono invece escluse in maniera altrettanto generalizzata dalla possibilità del sotto inquadramento contrattuale di cui al comma 3 (69). Il rispetto della normativa comunitaria sugli aiuti di Stato è così garantito dalla limitazione degli incentivi economici alle lavoratrici che possono considerarsi svantaggiate ai sensi dell'art. 2, lett. *f*, del Regolamento.

Più complesso è invece il vaglio operato sulle categorie di lavoratori di cui alle lettere *a*, *b*, *c* ed *f* dell'art. 54, d.lgs. n. 276/2003.

La prima categoria, quella dei «soggetti di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni» (70), dimostra il permanere di un residuo collegamento con l'occupazione giovanile tipico del C.F.L., e non pone particolari problemi di identificazione se non quelli attinenti alla compatibilità con la disciplina sui servizi per l'impiego (d.lgs. n. 181/2002, come modificato dal d.lgs. n. 297/2002) che, nel qualificare la categoria dei giovani, richiede che il lavoratore tra i 25 e i 29 anni sia in possesso del diploma di laurea (71). Sulla medesima fascia anagrafica insi-

(67) Si tratta delle Regioni Lazio, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia e Sardegna.

(68) In quanto ai sensi dell'art. 1, decreto interministeriale 22 ottobre 2004, in tutte le Regioni e le Province autonome italiane i tassi di disoccupazione e di occupazione femminile rispondono alle percentuali di cui alla lett. *e*.

(69) A meno che «non esista diversa previsione da parte dei contratti collettivi nazionali o territoriali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (art. 59, comma 1, ultima parte).

(70) L'esclusione dei minori dall'ambito di applicazione dell'istituto può essere stata suggerita dall'imposizione dell'obbligo formativo e, in prospettiva, dall'istituendo diritto-dovere di istruzione e formazione fino al diciottesimo anno di età rispetto al quale l'unico contratto di lavoro ammesso è quello di apprendistato: anche se meritevole di considerazione, ai fini della capacità di lavoro, è la situazione di anticipato assolvimento dell'obbligo. Bellocchi, *Contratto di inserimento*, cit., p. 618.

(71) Così Bellocchi, *Contratto di inserimento*, cit., p. 618.

ste anche il contratto di apprendistato di cui agli artt. 49 e 50, d.lgs. n. 276/2003; ma può escludersi qualsiasi dinamica concorrenziale tra le due tipologie contrattuali, dato il maggior favore del regime di incentivi pensato per l'apprendistato. Ai giovani l'art. 2, lett. *f*, Regolamento (Ce) n. 2204/2002 riconosce tre diverse situazioni di debolezza date, in un caso, dal solo requisito anagrafico (aver meno di venticinque anni), in un altro, dallo stato di inoccupazione, coordinato all'avvenuto completamento della formazione professionale, nell'ultimo, infine, dallo stato di disoccupazione di lungo periodo che, per i giovani con meno di venticinque anni, consiste nell'essere privi di lavoro per 6 degli 8 mesi precedenti. L'art. 54, comma 1, mantiene la vecchia fascia anagrafica tra i 18 e i 29 anni ma, per eliminare in radice il rischio della sanzione comunitaria intervenuta in passato, priva l'intera categoria di quegli incentivi, senza neppure considerare le restanti due causali di svantaggio giovanile (72). La conseguenza è che perdono la possibilità di fruire di un contratto incentivato dal punto di vista economico anche i giovani tra i 18 e i 25 anni, i giovani inoccupati che hanno completato la formazione professionale e i disoccupati con meno di 25 anni.

Il decreto legislativo n. 276/2003 conosce solo i disoccupati di lunga durata da 29 a 32 anni, per i quali l'art. 54 coniuga il requisito anagrafico allo stato di disoccupazione, in conformità alle indicazioni delle autorità comunitarie che a lungo hanno censurato l'applicazione degli incentivi economici del C.F.L. a questo gruppo di «giovani», se qualificati a prescindere dalla loro posizione occupazionale. Alla identificazione dei lavoratori di cui alla lettera *b* si giunge grazie al disposto dell'art. 1, d.lgs. n. 297/2002, ove la disoccupazione di lunga durata è lo stato di chi, dopo aver perso il posto di lavoro o aver cessato un'attività di lavoro autonomo, è alla ricerca di un'occupazione da più di dodici mesi (73). Il rinvio alla definizione di disoccupazione di lunga durata di cui all'art.

(72) L. Zoppoli, *La riforma dei contratti con finalità formative: troppa burrasca per giungere in porto?*, in De Luca Tamajo, Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, 2004, p. 546; Loffredo, *I contratti a finalità formativa: tra un passato incerto ed un futuro difficile*, in De Luca Tamajo, Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, 2004, p. 502.

(73) Deve precisarsi che, per i giovani fino a ventinove anni in possesso di un diploma di laurea, l'art. 1, d.lgs. n. 297/2002, prevede il riconoscimento dello stato di disoccupazione di lunga durata dopo soli sei mesi di ricerca di un'occupazione. Nel caso qui in esame, il limite dei sei mesi non è applicabile poiché attiene al limite anagrafico minimo della categoria dei lavoratori di cui alla lett. *b*. In questo senso, Bellocchi, *Contratto di inserimento*, cit., p. 621.

1, d.lgs. n. 297/2002, è confermato dalla Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 luglio 2004, n. 31, la quale precisa inoltre che rientra nell'ambito di applicazione della causale di cui alla lett. *b* anche la disoccupazione conseguente a dimissioni. Peraltro, se a livello comunitario il disoccupato di lungo periodo è «una persona senza lavoro per 12 dei 16 mesi precedenti, o per 6 degli 8 mesi precedenti, nel caso di persone di meno di 25 anni», la restrizione alla fascia di età tra i ventinove e i trentadue anni elide il richiamo ai giovani con meno di venticinque anni e, con esso, anche il minor termine per l'acquisto del corrispondente *status* di disoccupato di lunga durata.

Nella formulazione della lett. *c* sugli ultra cinquantenni il legislatore non sembra richiamare il criterio di disoccupazione (né tanto meno di disoccupazione di lunga durata) predisposto dalla normativa sui servizi per l'impiego (il più volte citato d.lgs. 181/2002, in parte modificato dal d.lgs. n. 297/2002); e dunque la mera assenza del posto di lavoro (74) potrebbe avere un rilievo più ampio rispetto alla perdita del posto di lavoro e riferirsi anche allo stato di inoccupazione (75). Per i lavoratori ultracinquantenni *sub* lett. *c*, il legislatore taglia di netto la «coda» del corrispondente n. VII) dell'art. 2, lett. *f*, Regolamento ed elimina così l'equiparazione della situazione di chi è privo di un posto di lavoro a quella di chi è in procinto di perderlo.

In tutte le ipotesi appena vagliate, la delimitazione è voluta dal legislatore, il quale ha chiaramente inteso selezionare in modo vieppiù restrittivo i presupposti per l'accesso a un contratto incentivato. L'interprete è vincolato a rispettare il valore di quella selezione senza che possa invocarsi una esigenza di assoluta corrispondenza tra i requisiti particolari richiesti dall'art. 54, comma 1, e l'ambito di applicazione del Regolamento (Ce) n. 2204/2002, posto il rispetto dei limiti agli aiuti di Stato.

Discorso a parte va fatto per i lavoratori che desiderino riprendere una attività lavorativa e che non abbiano lavorato per almeno due anni (art. 54, lett. *d*). La corrispondente norma comunitaria è in questo ca-

(74) Secondo Bellocchi, *Contratto di inserimento*, cit., p. 621, per assenza di un posto di lavoro deve intendersi «l'assenza di un rapporto di lavoro dipendente, anche non *standard* (con esclusione quindi del lavoro autonomo o delle collaborazioni a progetto, che non precludono invece l'assunzione con contratto di inserimento)».

(75) Ipotesi rara a meno che non si acceda alla corretta lettura di Balletti, *Contratto di inserimento*, cit., p. 652, per il quale lo stato di inoccupazione di cui alla lett. *c* può riferirsi anche ai lavoratori ultracinquantenni che hanno cessato una precedente attività di lavoro autonomo, in analogia con quanto previsto dall'art. 1, d.lgs. n. 297/2002, per i disoccupati di lunga durata.

so ben più articolata. Essa evoca (sebbene a titolo esemplificativo) il principale dei motivi di abbandono del lavoro («la difficoltà di conciliare vita lavorativa e vita familiare») e ammette all'aiuto di Stato solo i lavoratori che, durante il biennio di riferimento, non solo non abbiano lavorato ma neppure seguito corsi di formazione. Nell'art. 54 scompare il riferimento alla formazione professionale ma l'effetto finale è quello dell'applicazione del contratto incentivato di inserimento a una categoria più ampia di lavoratori ovvero anche a chi, dopo aver abbandonato il lavoro per più di due anni senza svolgere altre attività lavorative (76), desidera riprenderlo ma, nel frattempo, abbia specializzato o ampliato le proprie competenze professionali, seguendo corsi di formazione. In questo caso l'operazione di selezione non ha effetti privativi o limitativi, ma aggiuntivi rispetto alla norma comunitaria. Siamo di fronte a un'ulteriore porzione di lavoratori della cui debolezza sul mercato del lavoro il legislatore italiano dovrebbe fornire adeguate motivazioni, ai sensi del 24° Considerando del Regolamento (Ce) n. 2204/2002, poiché solo attraverso la notificazione dell'aiuto *ex art. 9*, comma 4, Regolamento è ammesso estendere la platea dei lavoratori svantaggiati.

Infine, per la categoria delle persone riconosciute affette da un grave *handicap* fisico, mentale o psichico (77), il rinvio alla normativa vigente di cui all'art. 54, lett. *f*, si intende riferito alla legge 5 febbraio 1992, n. 104 (legge quadro sulle persone handicappate), al D. P. C. M. 13 gennaio 2000 e alla legge 12 marzo 1999, n. 68 (sul diritto al lavoro dei disabili) (78), tanto per la rassegna delle tipologie di *handicap*, quanto per le modalità di accertamento dello stesso. Qui il legislatore rinvia in maniera netta alla definizione di lavoratore disabile di cui all'art. 2, lett. *g*, del Regolamento (Ce) n. 2204/2002. L'unica perplessità riguarda la richiesta della gravità dell'*handicap*. La norma comunitaria utilizza due criteri di definizione (79), alternativi tra loro, ove la gravità dell'*handi-*

(76) Il fatto di non aver lavorato per almeno due anni deve intendersi in senso assoluto, non limitato al solo lavoro subordinato. Così Bellocchi, *Contratto di inserimento*, cit., p. 621.

(77) Per le quali è possibile utilizzare la durata massima del contratto di inserimento fino a 36 mesi prevista dall'art. 57, comma 1.

(78) Come chiarito dall'art. 4 della Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 luglio 2004, n. 31. Pressoché unanime la dottrina sul punto: Bellocchi, *Contratto di inserimento*, cit., p. 620; Balletti, *Contratto di inserimento*, cit., p. 653.

(79) «I) qualsiasi persona riconosciuta come disabile ai sensi della legislazione nazionale o II) qualsiasi persona riconosciuta affetta da un grave *handicap* fisico, mentale o psichico».

cap emerge quale requisito qualificante solo in assenza di una apposita normativa nazionale che provveda all'identificazione dei soggetti disabili. Nell'art. 54, comma 1, lett. *f*, tali due criteri definitivi sembrano intrecciarsi; non si tratta di un errore bensì della discutibile limitazione del contratto di inserimento al solo *handicap* grave. Il legislatore italiano dimentica però che la normativa italiana vigente non adempie al compito di individuare quando l'*handicap* possa considerarsi grave (80), sicché si giunge al risultato ultimo della inapplicabilità *tout court* del contratto di inserimento ai disabili.

7. — *Conclusioni* — Alla luce delle considerazioni svolte, si può procedere ad alcune riflessioni conclusive, in merito alla valenza della definizione generale di lavoratore svantaggiato contenuta nel decreto legislativo n. 276/2003, nonché alla capacità degli strumenti di inserimento lavorativo ivi predisposti di procedere ai dichiarati obiettivi di inclusione lavorativa.

I dubbi iniziali circa la definizione di cui all'art. 2, lett. *k*, d.lgs. n. 276/2003 sembrano dipanarsi grazie al raffronto con la normativa comunitaria del Regolamento (Ce) n. 2204/2002. Il legislatore comunitario non intende cristallizzare situazioni di svantaggio in una definizione intangibile e, conscio della volubilità dello stato di debolezza sul mercato, comunitario e locale, stila un elenco dettagliato delle principali e più diffuse situazioni di problematico inserimento lavorativo; ma, al contempo, predispone pure l'apposito meccanismo di ampliamento, previsto al 25° Considerando e all'art. 9, Regolamento n. 2204/2002. La duttilità della nozione comunitaria di lavoratore svantaggiato si ripercuote così sulle tecniche di tutela: in un caso l'aiuto di Stato è esente da notifica; nell'altro è possibile solo in seguito all'esito positivo del giudizio di meritevolezza dell'aiuto, conseguente a quella notifica. Alla base di tale opzione, apprezzabile per la flessibilità della tecnica di intervento, vi è una distinzione netta tra svantaggio economico e svantaggio sociale. L'estensione della definizione di cui all'art. 2, lett. *f*, Regolamento è limitata alle causali di svantaggio che in maniera più immediata provocano disoccupazione o inoccupazione e, solo in relazione al lavoro dei disabili di cui alla lett. *g*, vira verso situazioni in cui le difficoltà di inclu-

(80) Avio, *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline*, in Ballestrero, Balandi (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 155 ss.

sione lavorativa si confondono con quelle di inclusione sociale. Da questo punto di vista, il legislatore comunitario opta per un sostegno privilegiato (rappresentato dall'aiuto di Stato esente da notificazione) a favore dell'inserimento lavorativo di persone svantaggiate perché disoccupate o inoccupate; mentre è più cauto nel valutare lo svantaggio sociale diverso dalla disabilità e, in relazione a esso, si riserva una verifica concreta, cui accompagna la procedura «aggravata» della notifica.

Il legislatore italiano accoglie la definizione comunitaria ma procede da subito all'ampliamento, grazie all'innesto di ipotesi di debolezza sociale e fisica – quelle dell'art. 4, legge n. 381/1991 – su più eterogenee causali di svantaggio economico – quelle dell'art. 2, lettera *f*, Regolamento. Tuttavia l'estensione della cerchia dei lavoratori svantaggiati mediante il rinvio all'art. 4, legge n. 381/1991 non è in grado di sostituire il sistema della notificazione, da cui non è mai possibile esimersi qualora si predispongano aiuti a favore di categorie di lavoratori ulteriori rispetto a quelle individuate dal Regolamento. In tal modo la definizione di lavoratore svantaggiato accolta dal d.lgs. n. 276/2003 è immobile *ab origine* e questo irrigidisce i movimenti del legislatore, costretto a smentirla e frammentarla in continuazione. Si è verificato che talora è il legislatore a selezionare l'ambito di applicazione soggettivo di un istituto, come avviene nel caso del contratto di inserimento, limitato a determinate categorie di svantaggio, tratte dalle definizioni comunitarie dell'art. 2, lettere *f* e *g*, Regolamento. In altre ipotesi, quelle dell'inserimento mediante somministrazione e mediante convenzione di cui agli artt. 13 e 14, è l'attuabilità degli incentivi posti a presidio dell'inclusione lavorativa a imporre il vaglio delle fasce di debolezza interessate, nonostante la dichiarata destinazione della misura di inserimento a tutti i lavoratori svantaggiati. Infine, nell'ipotesi *ex art.* 14, è anche la struttura dell'organizzazione in cui avviene l'inserimento, la cooperativa sociale di tipo b), a delimitare le potenzialità di collocazione sul mercato al solo svantaggio di tipo psico-fisico e sociale.

L'incoerenza del decreto legislativo n. 276/2003 rispetto al Regolamento n. 2204/2002 e la non sovrapponibilità delle tecniche definitorie e di intervento determina una incongruità interna al decreto stesso tra definizione generale e strumenti di inserimento. Si assiste così alla stratificazione degli strumenti di inserimento a favore di alcune categorie di svantaggio. Tra queste, i lavoratori che fruiscono della maggiore dotazione di incentivi sono i disabili, ma solo quelli affetti da *handicap* grave. Per loro il legislatore somma agli strumenti di inserimento mirato

della legge n. 68/1999 l'incentivo normativo previsto dall'art. 14, comma 6, e, soprattutto, gli incentivi economici e normativi previsti dell'art. 59; questi ultimi uniti alla possibilità di accedere alla durata massima del contratto di inserimento (art. 57). Emerge inoltre lo stato dei disoccupati di lungo periodo e degli inoccupati, considerati tanto dagli artt. 53 ss. quanto dall'art. 13; norma quest'ultima che solo su di essi costruisce un reale meccanismo di sostegno, collegato alla percezione di trattamenti economici assistenziali di disoccupazione o di inoccupazione.

L'unica misura generalizzata di inserimento compare all'art. 13, comma 1, lett. *a*, e consiste nella deroga al principio della parità di trattamento tra i lavoratori svantaggiati somministrati e i dipendenti dell'impresa che li accoglie; ma ciò è ben poca cosa rispetto alle altre tipologie di incentivi descritte e, in concreto, risulta l'unica forma di «sostegno» per le categorie più marginali di svantaggio economico, cioè i disoccupati e gli inoccupati privi di trattamenti economici di *welfare*. Inutile è l'inserimento mediante convenzione *ex art.* 14 per i lavoratori deboli diversi dai disabili gravi, per i quali manca qualsiasi forma di sostegno; mentre è insufficiente (e ignaro dei fondamenti del diritto diseguale) il sostegno al lavoro femminile che, nonostante i proclami della legge delega n. 30/2003, rimane rinchiuso nell'ambito del contratto di inserimento, sulla base di differenziali occupazionali, scervi da ogni altro requisito anagrafico od occupazionale. Infine, la privazione dell'incentivo economico del contratto di inserimento per i giovani tra i diciotto e i ventinove anni, se cautela lo Stato italiano da una nuova sanzione della Comunità europea, provoca l'effetto di privilegiare le altre categorie di lavoratori svantaggiati elencate all'art. 54, comma 1, e potrebbe trasformare il contratto di inserimento dei giovani in una «variante "povera" dell'apprendistato e porsi in alternativa rispetto al "tipo" cd. professionalizzante» (81).

La conclusione cui pare potersi pervenire è dunque quella di una doppia incoerenza della definizione di svantaggio accolta dal d.lgs. n. 276/2003 e delle tecniche di inserimento lavorativo a essa conseguenti. Il legislatore italiano formalmente si sottopone ai limiti della normativa comunitaria, ma in pratica cerca di affrancarsi da quelle regole.

(81) Tullini, *A proposito di norme definitorie ed obiettivi della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 3. Nel contratto di inserimento per i giovani la «povertà» dell'intervento si manifesta in relazione sia alla natura dell'incentivo, sia all'assenza dell'attività di formazione.

RECENSIONE

A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006

Il volume prende in esame le tecniche del giudizio costituzionale di bilanciamento tra diritti sociali, diritti economici e vincolo di bilancio.

Il metodo proposto assume il contemperamento tra diritti, a partire dalle preferred positions proprie dei diritti sociali, secondo quanto espresso dal testo della Costituzione.

D'altra parte una graduatoria tra diritti deve essere temperata dal prudente apprezzamento del caso e dal necessario rapporto tra diritti sociali e sviluppo economico, in nome del quale non appare di per sé illegittima una compressione dei primi. Talvolta, infatti, un contenimento dei diritti sociali entro limiti ragionevoli, accompagnato da scelte espansive di politica economica porta a un successivo incremento delle risorse disponibili, e a un ampliamento dei diritti sociali più che compensativo dei sacrifici subiti.

Il lavoro consiste dunque nell'individuare un possibile metodo di bilanciamento dei diritti che porti a un mix ottimale, frutto di un ragionevole confronto statico e di una plausibile prospettiva diacronica, ferma restando la garanzia di un nucleo essenziale di tutela.

L'analisi successivamente pone a confronto il metodo proposto con lo stato dell'arte, quale risulta da 50 anni di giurisprudenza costituzionale.

Il bilancio è problematico: le esigenze di amministrazione dei conflitti nell'era della globalizzazione e le urgenze della crisi fiscale dello Stato portano la Corte a un giudizio casistico al cui interno, non di rado, si smarrisce la diversa pregnanza costituzionale degli interessi in conflitto.

Anche le fasi del giudizio successive alla definizione dei diritti – incentrate sulla valutazione di idoneità della legge impugnata e sul canone di proporzionalità dei costi/benefici – contribuiscono a un esito finale criptico nei postulati teorici e pragmatico negli effetti.

La Corte, in sostanza, sembra riflettere nel suo itinerario più la missione di Pubblico Potere che non il ruolo di Supremo giudice.

Se è ragionevole sacrificare i diritti sociali in vista di un maggiore sviluppo è dunque necessario scandire al meglio il paradigma valutativo e definire con esattezza il nucleo essenziale e intangibile dei diritti sociali all'esito di un giudi-

zio trasparente e approfondito sul piano istruttorio, soprattutto nei casi, non infrequenti, di valutazioni prognostiche.

Un compito reso più urgente dalla necessità di apprestare adeguati contrappesi al sistema maggioritario e alla primazia comunitaria del diritto di concorrenza. (n.d.r.)

Massimo Luciani ()*

LA STORIA COME CATEGORIA ANALITICA (**)

È possibile un'analisi storica della giurisprudenza costituzionale in un singolo settore del nostro diritto positivo? La risposta è ovviamente affermativa, visto che qualunque attività umana è suscettibile di indagine in prospettiva storica. Non di meno, questa risposta affermativa non può far dimenticare l'assoluta particolarità di uno sforzo di questo tipo: le vicende della giurisprudenza non sono scindibili da quelle del diritto positivo e queste, a loro volta, non lo sono da quelle della politica. Ogni ricerca sulla storia della giurisprudenza (in particolare costituzionale) finisce dunque per essere ricerca sull'evoluzione del diritto positivo (nei suoi rapporti con le condizioni politiche date), inquadrata nella prospettiva della sua applicazione (ovvero del suo controllo) giurisdizionale.

È probabilmente per questo, perché i giuristi sono consapevoli dell'estrema difficoltà di simili tentativi, che l'esercizio dell'analisi storica della giurisprudenza non è stato praticato con soverchia frequenza dalla dottrina italiana. Quando, poi, oggetto della ricerca è la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la voglia di addentrarsi nel folto dell'indagine storica è ancor meno ferma e convinta, visto che l'elevatezza della giurisdizione da esaminare amplia a dismisura il sottostante panorama da studiare.

Il saggio di Amos Andreoni costituisce uno dei non numerosi esempi di ricerca storica sulla giurisprudenza costituzionale, oltretutto relativamente a un campo (quello dei diritti sociali in generale e del lavoro in particolare) che di per sé è di enorme vastità. L'Autore ha seguito l'impostazione corretta: non tanto un elenco – magari stucchevole – delle numerose pronunce costituzionali, ciascuna corredata da un commento, quanto una verifica dei grandi filoni della giurisprudenza, in rapporto all'evoluzione del diritto positivo e nel contesto del vario mutare del quadro politico (ed economico) nazionale e internazionale. Certo, l'esigenza di non appesantire la trattazio-

(*) Professore ordinario di Diritto costituzionale presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma «La Sapienza».

(**) Dalla prefazione al libro.

ne ha costretto alla sintesi, a menzionare solo i passaggi più significativi e le novità più eclatanti. Il quadro, però, nelle sue linee generali, è stato dipinto. Ed è leggibile sia nel tratto che nelle campiture di colore.

Quel che emerge è, a mio parere, soprattutto l'adattabilità degli indirizzi giurisprudenziali alla realtà circostante: ad esempio, in periodi di «vacche grasse» si registra una maggiore apertura in favore dei diritti sociali a prestazione, mentre vi sono più rigide chiusure in quelli di «vacche magre».

Questa adattabilità non è, di per sé, criticabile, poiché i valori costituzionali vivono nel contesto storico in cui di volta in volta si calano e restano innattingibili nella loro assolutezza. Non di meno, sarebbe stato opportuno uno sforzo di più puntuale sistematizzazione dei paradigmi di giudizio utilizzati dalla Corte, specialmente in riferimento a canoni molto elastici, come – in particolare – quello della ragionevolezza. Certo, si tratta di un'opera molto difficile, tanto che la stessa dottrina vi si è cimentata molto raramente (il lontano tentativo di Sandulli su *Diritto e società* del 1975 resta ancor oggi un esempio di rigore e precisione), ma qualcosa di più la Corte avrebbe comunque potuto – e dovuto – fare. Per ora, invece, ci dobbiamo accontentare di una giurisprudenza che procede senza modelli di giudizio predefiniti con sufficiente precisione e si affida pertanto con eccessiva frequenza a soluzioni del tipo *ad hoc balancing*. Ha dunque ragione Andreoni a sollecitare un maggiore impegno di salda fondazione motivazionale delle decisioni della Corte, sia per esigenze di certezza e chiarezza, sia per una più salda fondazione dei diritti sociali, a fronte del rischio di quella «funzionalizzazione al mercato» (della quale parla lo stesso A.) che può essere implicata da certe letture dell'impatto della normativa comunitaria sul nostro ordinamento.

